

**JURISPRUDÊNCIA  
CATARINENSE**

---



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

---

Ano XXXV – 4º trimestre de 2007 e 1º trimestre de 2008 – N. 115 – 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 dos expedientes recebidos na Diretoria de Documentação e Informações.

**Comissão de Jurisprudência** (Portaria n. 240/06)

**Diretor**

Des. Francisco José Rodrigues de Oliveira Filho

Des. Alcides dos Santos Aguiar – Presidente

Des. José Trindade dos Santos

Des. Salim Schead dos Santos

Des. Edson Nelson Ubaldo

Des. Cid José Goulart Júnior

Des. Sérgio Izidoro Heil

**Diretor de Documentação e Informações**

Almir Tadeu Peres

---

Jurisprudência Catarinense/Tribunal de Justiça – v. 1,  
n. 1 (jul./set. 1973)–.– Florianópolis: TJ/SC, 1973.–  
21cm

Trimestral

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

ISSN: 1981-402X

## **SUMÁRIO**

### **9 COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

#### **DOCTRINA**

- 25 ICMS – A inconstitucionalidade da alíquota incidente sobre o fornecimento de energia elétrica
- 55 Revisão criminal *pro societate*: evolução, constitucionalidade e parâmetros normativos
- 83 Agravo de instrumento – documentos obrigatórios e facultativos: considerações tópicas sobre os incisos I e II do artigo 525 do Código De Processo Civil
- 95 Crime de lavagem de dinheiro: fundamentos, avanços e desafios da responsabilização internacional de estados e indivíduos
- 113 Responsabilidade civil dos tabeliães e registradores

#### **NOTICIÁRIO**

- 125 Discurso de saudação, em nome do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, na posse dos novos desembargadores
- 131 Discurso de posse do Dr. Jaime Ramos no cargo de Desembargador
- 137 Discurso de posse do Dr. Moacir de Moraes Lima Filho no cargo de Desembargador
- 142 Discurso de despedida do Desembargador Pedro Manoel Abreu do cargo de Presidente do TJSC
- 147 Discurso de posse do Desembargador Francisco Oliveira Filho no cargo de Presidente do Tribunal de Justiça de Santa Catarina

#### **LEGISLAÇÃO**

- 155 Ato Regimental
- 158 Resolução

#### **SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

- 167 Ação Direta de Inconstitucionalidade
- 178 *Habeas Corpus*
- 191 Reclamação
- 204 Recurso Extraordinário

## **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

- 213 Conflito de Competência
- 218 Recursos Especiais

## **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA**

### TRIBUNAL PLENO

- 241 Ação Direta de Inconstitucionalidade

### CÂMARA CIVIL ESPECIAL

- 274 Agravo em Agravo de Instrumento
- 279 Agravo Regimental em Agravo de Instrumento

### GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO CIVIL

- 285 Embargos Infringentes

### PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

- 292 Apelação Cível

### SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

- 305 Apelações Cíveis

### TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

- 330 Apelações Cíveis

### QUARTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

- 367 Agravos de Instrumento
- 379 Apelações Cíveis

### PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

- 405 Apelações Cíveis

### TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

- 428 Agravo de Instrumento
- 435 Apelação Cível

### QUARTA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

- 442 Agravos de Instrumento
- 459 Apelações Cíveis

#### PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

471 Agravos de Instrumento

493 Apelações Cíveis

#### TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

571 Apelações Cíveis

#### QUARTA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

592 Agravo de Instrumento

607 Apelação Cível

#### PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL

619 Apelações Criminais

648 Recurso Criminal

#### SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL

653 Apelações Criminais

#### **SEGUNDA VICE-PRESIDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

665 Medida Cautelar em Recurso Extraordinário em Ação Direta de Inconstitucionalidade

668 Recurso Especial em Apelação Cível

674 Recurso Especial em Apelação Cível em Mandado de Segurança

#### **TERCEIRA VICE-PRESIDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

679 Recursos Especiais em Agravo

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

715 **ÍNDICE NUMÉRICO**

721 **ÍNDICE POR ASSUNTO**

743 **ÍNDICE ONOMÁSTICO**





# COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

---



## **COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

(setembro de 2008)

Presidente

Des. FRANCISCO José Rodrigues de OLIVEIRA FILHO

Primeiro Vice-Presidente

Des. ALCIDES dos Santos AGUIAR

Segundo Vice-Presidente

Des. VOLNEI Ivo CARLIN

Terceiro Vice-Presidente

Des. NELSON Juliano SCHAEFER MARTINS

Corregedor-Geral da Justiça

Des. ANSELMO CERELLO

Vice-Corregedor-Geral da Justiça

Des. José GASPAS RUBIK

Des. Antônio Fernando do AMARAL E SILVA

Des. CARLOS PRUDÊNCIO

Des. PEDRO MANOEL ABREU

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'ÊÇA NEVES

Des. José MAZONI FERREIRA

Des. IRINEU JOÃO DA SILVA

Des. LUIZ CÉZAR MEDEIROS

Des. VANDERLEI ROMER

Des. ELÁDIO TORRET ROCHA

Des. WILSON AUGUSTO DO NASCIMENTO

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

Juiz de Direito de Segundo Grau VICTOR José Sebem FERREIRA  
Juíza de Direito de Segundo Grau SÔNIA MARIA SCHMITZ  
Juiz de Direito de Segundo Grau TULIO José Moura PINHEIRO  
Juiz de Direito de Segundo Grau RONALDO MORITZ MARTINS DA SILVA  
Juiz de Direito de Segundo Grau JÂNIO de Souza MACHADO  
Juiz de Direito de Segundo Grau JAIME LUIZ VICARI  
Juiz de Direito de Segundo Grau PAULO ROBERTO CAMARGO COSTA  
Juiz de Direito de Segundo Grau JOEL DIAS FIGUEIRA JÚNIOR

Juíza de Direito de Segundo Grau REJANE ANDERSEN  
Juiz de Direito de Segundo Grau HENRY Goy PETRY JUNIOR  
Juiz de Direito de Segundo Grau ROBERTO LUCAS PACHECO  
Juiz de Direito de Segundo Grau RODRIGO ANTÔNIO da Cunha  
Juiz de Direito de Segundo Grau JOSÉ INÁCIO SCHAEFER  
Juiz de Direito de Segundo Grau RICARDO José ROESLER  
Juiz de Direito de Segundo Grau DOMINGOS PALUDO  
Juiz de Direito de Segundo Grau PAULO ROBERTO SARTORATO  
Juiz de Direito de Segundo Grau ROBSON Luz VARELLA  
Juiz de Direito de Segundo Grau PAULO HENRIQUE MORITZ MARTINS DA  
SILVA

## ÓRGÃOS JULGADORES

### TRIBUNAL PLENO

Presidente

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. PEDRO MANOEL ABREU  
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'ÊÇA 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 TULLIO SARTORATO  
Des. CESAR Augusto Mimoso Ruiz ABREU  
Desa. SALETE SILVA SOMMARIVA  
Des. RICARDO Orofino da Luz FONTES  
Des. SALIM SCHEAD DOS SANTOS  
Desa. MARIA DO ROCIO LUZ SANTA RITTA  
Des. EDSON Nelson UBALDO  
Des. CID José GOULART Júnior  
Des. HILTON CUNHA JÚNIOR  
Des. JAIME RAMOS  
Des. ALEXANDRE d'IVANENKO  
Des. NEWTON JANKE  
Des. LÉDIO ROSA DE ANDRADE  
Des. MOACYR DE MORAES LIMA FILHO  
Des. JORGE Henrique SCHAEFER MARTINS  
Desa. MARLI MOSIMANN Vargas  
Des. SÉRGIO Izidoro HEIL  
Des. José Carlos CARSTENS KÖHLER  
Des. JOÃO HENRIQUE BLASI  
Des. JORGE LUIZ DE BORBA

## **CONSELHO DA MAGISTRATURA**

Des. FRANCISCO José Rodrigues de OLIVEIRA FILHO – Presidente

Des. ALCIDES dos Santos AGUIAR – 1º Vice-Presidente  
Des. VOLNEI Ivo CARLIN – 2º Vice-Presidente  
Des. NELSON Juliano SCHAEFER MARTINS – 3º Vice-Presidente  
Des. ANSELMO CERELLO – Corregedor-Geral da Justiça  
Des. José GASPAS RUBIK – Vice-Corregedor-Geral da Justiça  
Des. ORLI de Ataíde RODRIGUES  
Des. IRINEU JOÃO DA SILVA  
Des. FERNANDO CARIONI  
Des. José Antônio TORRES MARQUES  
Des. LUIZ CARLOS FREYESLEBEN  
Des. RUI Francisco Barreiros FORTES

## **SEÇÃO CIVIL**

Des. NEWTON TRISOTTO – Presidente  
Des. José MAZONI FERREIRA  
Des. ELÁDIO TORRET ROCHA  
Des. WILSON AUGUSTO DO NASCIMENTO  
Des. JOSÉ VOLPATO de Souza  
Des. SÉRGIO Roberto BAASCH LUZ  
Des. Antônio do Rêgo MONTEIRO ROCHA  
Des. 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

Des. JORGE LUIZ DE BORBA

Juíza de Direito de Segundo Grau SÔNIA MARIA SCHMITZ (subst. Des. Pedro Manoel Abreu)

Juiz de Direito de Segundo Grau RONALDO MORITZ MARTINS DA SILVA (subst. Des. Carlos Prudêncio e Des. Trindade dos Santos)

Juiz de Direito de Segundo Grau JÂNIO de Souza MACHADO (subst. Des. Cláudio Dutra)

Juiz de Direito de Segundo Grau JOEL DIAS FIGUEIRA JÚNIOR (subst. Des. Gaspar Rubik)

Juiz de Direito de Segundo Grau HENRY Goy PETRY JUNIOR (subst. Des. Fernando Carioni)

Juiz de Direito de Segundo Grau RICARDO José ROESLER (subst. Des. Orli Rodrigues)

Juiz de Direito de Segundo Grau PAULO HENRIQUE MORITZ MARTINS DA SILVA (subst. Des. Vanderlei Romer)

## **GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO CIVIL**

Des. José MAZONI FERREIRA – Presidente

Des. ELÁDIO TORRET ROCHA

Des. Antônio do Rêgo MONTEIRO ROCHA

Des. LUIZ CARLOS FREYESLEBEN

Des. MARCUS TULLIO SARTORATO

Desa. MARIA DO ROCIO LUZ SANTA RITTA

Des. EDSON Nelson UBALDO

Des. NEWTON JANKE

Juiz de Direito de Segundo Grau RONALDO MORITZ MARTINS DA SILVA (subst. Des. Carlos Prudêncio e Des. Trindade do Santos)

Juiz de Direito de Segundo Grau JOEL DIAS FIGUEIRA JÚNIOR (subst. Des. Gaspar Rubik)

Juiz de Direito de Segundo Grau HENRY Goy PETRY JUNIOR (subst. Des. Fernando Carioni)



## **GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO COMERCIAL**

Des. WILSON AUGUSTO DO NASCIMENTO – Presidente  
Des. Marco Aurélio GASTALDI BUZZI  
Des. RICARDO Orofino da Luz FONTES  
Des. SALIM SCHEAD DOS SANTOS  
Des. 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  
Des. JORGE LUIZ DE BORBA

## **GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO**

Des. NEWTON TRISOTTO – Presidente  
Des. LUIZ CÉZAR MEDEIROS  
Des. JOSÉ VOLPATO de Souza  
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 de Direito de Segundo Grau SÔNIA MARIA SCHMITZ (subst. Des. Pedro Manoel Abreu)  
Juiz de Direito de Segundo Grau JÂNIO de Souza MACHADO (subst. Des. Cláudio Dutra)  
Juiz de Direito de Segundo Grau RICARDO José ROESLER (subst. Des. Orli Rodrigues)  
Juiz de Direito de Segundo Grau PAULO HENRIQUE MORITZ MARTINS DA SILVA (subst. Des. Vanderlei Romer)

## **PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL**

Des. CARLOS PRUDÊNCIO – Presidente

Des. EDSON Nelson UBALDO

Juiz de Direito de Segundo Grau JOEL DIAS FIGUEIRA JÚNIOR (Cooperando e substituindo Des. Gaspar Rubik)

## **SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO CIVIL**

Des. José MAZONI FERREIRA – Presidente

Des. LUIZ CARLOS FREYESLEBEN

Des. NEWTON JANKE

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

## **TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL**

Des. MARCUS TULLIO SARTORATO – Presidente

Desa. MARIA DO ROCIO LUZ SANTA RITTA

Juiz de Direito de Segundo Grau HENRY Goy PETRY JUNIOR (Cooperando e substituindo Des. Fernando Carioni)

## **QUARTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL**

Des. ELÁDIO TORRET ROCHA – Presidente

Des. Antônio do Rêgo MONTEIRO ROCHA

Juiz de Direito de Segundo Grau RONALDO MORITZ MARTINS DA SILVA (Cooperando e substituindo Des. Trindade do Santos)

## **PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL**

Des. RICARDO Orofino da Luz FONTES – Presidente

Des. SALIM SCHEAD DOS SANTOS

Desa. MARLI MOSIMANN Vargas

Juiz de Direito de Segundo Grau RODRIGO ANTÔNIO da Cunha (Cooperador)

## **SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL**

Des. WILSON AUGUSTO DO NASCIMENTO – Presidente

Des. JORGE Henrique SCHAEFER MARTINS

Des. SÉRGIO Izidoro HEIL

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

### **TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL**

Des. Marco Aurélio GASTALDI BUZZI – Presidente

Des. HILTON CUNHA JÚNIOR

Des. JORGE LUIZ DE BORBA

Juíza de Direito de Segundo Grau PAULO ROBERTO CAMARGO COSTA (cooperador)

### **QUARTA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL**

Des. LÉDIO ROSA DE ANDRADE – Presidente

Des. José Carlos CARSTENS KÖHLER

Des. JOÃO HENRIQUE BLASI

Juiz de Direito de Segundo Grau JOSÉ INÁCIO SCHAEFER (Cooperador)

### **PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO**

Des. NEWTON TRISOTTO – Presidente

Des. SÉRGIO Roberto BAASCH LUZ

Juiz de Direito de Segundo Grau PAULO HENRIQUE MORITZ MARTINS DA SILVA  
(Cooperador e subst. Des. Vanderlei Romer)

### **SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO**

Des. CESAR Augusto Mimoso Ruiz ABREU – Presidente

Des. CID José GOULART Júnior

Juiz de Direito de Segundo Grau RICARDO José ROESLER (Cooperando e substituindo Des. Orli Rodrigues)

### **TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO**

Des. RUI Francisco Barreiros FORTES – Presidente

Juíza de Direito de Segundo Grau SÔNIA MARIA SCHMITZ (Cooperadora e subst.

Des. Pedro Manoel Abreu)

## **QUARTA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO**

Des. JOSÉ VOLPATO de Souza – Presidente

Des. JAIME RAMOS

Juiz de Direito de Segundo Grau JÂNIO de Souza MACHADO (Cooperando e substituindo Des. Cláudio Dutra)

## **CÂMARA CIVIL ESPECIAL**

Des. NELSON Juliano SCHAEFER MARTINS – Presidente

Juiza de Direito de Segundo Grau REJANE ANDERSEN

Juiz de Direito de Segundo Grau DOMINGOS PALUDO

Juiz de Direito de Segundo Grau PAULO ROBERTO SARTORATO

## **SEÇÃO CRIMINAL**

Des. Antônio Fernando do AMARAL E SILVA – Presidente

Des. SÉRGIO Torres PALADINO

Des. IRINEU JOÃO DA SILVA

Des. José Antônio TORRES MARQUES

Des. ALEXANDRE d'IVANENKO

Juiz de Direito de Segundo Grau VICTOR José Sebem FERREIRA (subst. Des. Souza Varella)

Juiz de Direito de Segundo Grau PAULO ROBERTO CAMARGO COSTA (subst. Desa. Salete Silva Sommariva)

Juiz de Direito de Segundo Grau ROBERTO LUCAS PACHECO (subst. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho)

Juiz de Direito de Segundo Grau ROBSON Luz VARELLA (subst. Solon D'Eça Neves)

## **PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL**

Des. Antônio Fernando do AMARAL E SILVA – Presidente

Juiz de Direito de Segundo Grau VICTOR José Sebem FERREIRA (Cooperando e substituindo Des. Souza Varella)

Juiz de Direito de Segundo Grau ROBSON Luz VARELLA (subst. Solon D'Eça Neves)

## **SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL**

Des. SÉRGIO Torres PALADINO – Presidente

Des. IRINEU JOÃO DA SILVA

Des. PAULO ROBERTO CAMARGO COSTA (subst. Desa Salete Silva Sommariva)

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

## **TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL**

Des. José Antônio TORRES MARQUES – Presidente

Des. ALEXANDRE d'IVANENKO

Juiz de Direito de Segundo Grau ROBERTO LUCAS PACHECO (Cooperando e substituindo Des. Moacyr de Moraes Lima Filho)



**DOCTRINA**

---





# ICMS – A INCONSTITUCIONALIDADE DA ALÍQUOTA INCIDENTE SOBRE O FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA

Iran José de Chaves\*

## 1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A Constituição da República de 1988, ao disciplinar o Sistema Tributário Nacional, enumerou, no *caput* do artigo 153, a competência da União e no *caput* do artigo 155, a competência dos Estados e do Distrito Federal para instituírem impostos, descrevendo em seus parágrafos as características essenciais de cada um desses tributos, dentre elas a de facultar ao Poder Executivo Federal e Estadual a alteração das alíquotas desses impostos, temática em discussão neste texto.

Quanto aos tributos de competência da União, conforme o disciplinamento introduzido no § 1º do artigo 153, os impostos sobre importação, exportação, produtos industrializados e operações de crédito podem ter suas alíquotas alteradas pelo Poder Executivo.

É forçoso reconhecer que, obviamente, essa medida visa agilizar a *função extrafiscal* desses tributos. Para melhor compreensão, faz-se necessário esclarecer os conceitos de *função fiscal* e *função extrafiscal*: a primeira é a função do tributo que tem por principal objetivo promover a arrecadação de recursos financeiros para o Estado. A segunda, a função extrafiscal, é a função atribuída ao tributo pelo meio do qual o Estado visa interferir no mercado econômico. Isso não quer dizer que este não arrecade recursos para o Estado, em virtude de, *a priori*, os recursos serem conseqüências do

\* Advogado especialista em Direito Tributário e pós-graduado em Direito Empresarial.

existir do tributo. No entanto, para ter função extrafiscal, o tributo tem que ser criado principalmente para interferir no domínio econômico.

Toma-se como exemplo o Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), que, além da possibilidade de ter suas alíquotas alteradas pelo Poder Executivo, como referido, *deverá* ater-se aos princípios da seletividade, em função da essencialidade do produto, e da não-cumulatividade, nos termos do estatuído nos incisos I e II do § 3º do artigo 153 da Carta Política.

Com relação aos tributos de competência dos Estados e do Distrito Federal, o artigo 155, *caput*, como o artigo precedente, também enumera os impostos. Quanto ao ICMS, tem-se que este tributo será não cumulativo e poderá ser seletivo, em função da essencialidade das mercadorias e dos serviços, conforme inciso III do § 2º do artigo 155.

Disso resulta que a Constituição Federal facultou aos Estados e ao Distrito Federal adotarem ou não a seletividade das alíquotas, mas, se assim atuarem, deverão fazê-lo em função da essencialidade das mercadorias e serviços, tal como previsto para o IPI.

Nesse sentido, como expressa brilhantemente Georgina de Paula Brasileiro (2004, p. 122), “ainda que se entenda que a adoção do princípio da seletividade é uma faculdade, sendo este adotado pelo legislador estadual, deverá obrigatoriamente ser obedecido”.

## 2 O PRINCÍPIO DA SELETIVIDADE NOS ESTADOS

Os Estados Federados, nesse passo e como regra geral, adotaram a seletividade das alíquotas do ICMS, facultada pela Constituição da República, em função da essencialidade dos produtos e serviços. Nesse quesito, estudadas as legislações tributárias pertinentes dos Estados Federados, observou-se que elas são muito semelhantes entre si.

Diante disso, toma-se como exemplo a legislação de Santa Catarina. A Lei Estadual n. 10.297, de 26-12-1996, que consolidou leis anteriores, adotou alíquotas diferenciadas. Esta legislação dispõe, nos incisos I, II e III do artigo 19, não obstante a alíquota-padrão, fixada de forma geral, ser de 17% (inciso I); e, conforme outros tipos de operações verificadas, as alíquotas seriam de 25% (inciso II) ou de 12% (inciso III).

Mais detalhadamente, para os casos envolvendo: *produtos considerados supérfluos; energia elétrica; gasolina automotiva; álcool carburante*; bem como para as prestações de *serviços de comunicação*, a alíquota seria de 25%. Para operações com: *energia elétrica de consumo domiciliar, até os primeiros 150 kw; destinada ao produtor rural e às cooperativas rurais redistribuidoras, na parte que não exceder a 500 kw mensais por produtor rural; nas prestações de serviços de transporte rodoviário, ferroviário e aquaviário de passageiros; para veículos automotores; óleo diesel e coque de carvão mineral*, a alíquota seria de 12%. Também, a partir de 1º-1-1997, o transporte aéreo, por resolução do Senado Federal, passou a ser tributado pela alíquota de 4%.

Ou seja, as alíquotas de 12% e 25% foram fixadas de acordo com a prerrogativa constitucional da seletividade das mercadorias e serviços, em função de sua essencialidade. Desse modo, a alíquota de 12% fica destinada às mercadorias e serviços considerados essenciais, enquanto a de 25% serve às mercadorias e serviços entendidos como supérfluos, incluindo-se, surpreendentemente, como tais: energia elétrica, telecomunicações, gasolina e álcool carburante.

Melhor exemplificando, pela didática, cabe mencionar a lista dos produtos considerados supérfluos e, por isso, sujeitos à alíquota de 25%, aquilatando-se, assim, os *acompanhantes* da energia elétrica nessa classificação percentual na casa vigesimal. São eles: cervejas, chope e demais bebidas alcoólicas, cigarro, cigarrilha, charuto e outros produtos manufaturados de fumo, perfumes e cosméticos, artigos de peleteria e peleteria artificial,

asas-deltas, balões e dirigíveis, iates e outros barcos e embarcações de recreio ou esporte, barcos a remo e canoas, armas e munições, suas partes e acessórios<sup>1</sup>.

Verifica-se, portanto, que a mercadoria “energia elétrica” recebeu tratamento diferenciado de alíquotas, em termos de tributação pelo ICMS, tudo em consonância com o que determina o inciso III do § 2º do art. 155 da Lei das Leis.

Desse modo, tem-se que a alíquota de 12% serve, exclusivamente, àquela destinada ao consumo domiciliar até os primeiros 150 kw e à consumida pelos produtores rurais e cooperativas rurais de redistribuição até 500 kw mensais, enquanto a energia elétrica de consumo domiciliar acima de 150 kw, bem como o consumo superior a 500 kw mensais pelos produtores rurais e cooperativas rurais de distribuição, têm a alíquota de 25%.

Como conseqüência dessa *seletividade*, ao consumo de energia elétrica domiciliar superior a 150 kw, bem como ao consumo pelos demais setores (comércio, indústria, prestadores de serviços, etc.), foi dado tratamento tributário idêntico ao das mercadorias e serviços supérfluos, tendo em vista sua inserção na alíquota de 25%.

### 3 A INCONSTITUCIONALIDADE

Ora, o referido tratamento tributário fere o princípio constitucional da seletividade em função da essencialidade, insculpido no art. 155, § 2º, inciso III, da Constituição de 1988, pois é inquestionável a essencialidade da energia elétrica nos dias atuais, ainda que ultrapasse os limites em kw previstos pela legislação, mesmo porque a quantidade limitada à alíquota

1 Note-se que os produtos estão classificados, na legislação catarinense, de acordo com a Nomenclatura Brasileira de Mercadorias — Sistema Harmonizado (NBM/SH), aprovado pelo Decreto n. 97.409, de 23 de dezembro de 1988, e suas alterações posteriores.

de menor porcentagem é facilmente ultrapassada, bastando, tão-somente, ter em casa uma simples geladeira, o que não é difícil nos dias de hoje.

Portanto, deve ser considerada ilegal a cobrança de ICMS à alíquota de 25% sobre o valor da operação de fornecimento da energia elétrica, uma vez que o *princípio da essencialidade inerente ao da seletividade* tem dispositivo expresso na Constituição e deve ser aplicado levando-se sempre em consideração a importância dos serviços e produtos destinados a suprir as necessidades básicas do ser humano.

Nesse caso, o estado de Santa Catarina adotou o princípio da seletividade em relação à gradação das alíquotas de ICMS, porém não observou claramente o princípio da essencialidade, porquanto o patamar das alíquotas instituídas para serviços e produtos essenciais, como energia elétrica e comunicações, é superior ao das alíquotas fixadas para operações com produtos supérfluos, como bebida alcoólica e fumo.

Assim, a partir do momento em que os Estados, notadamente Santa Catarina, ao instituírem o ICMS em sua legislação própria, optaram por aplicar o princípio constitucional da *seletividade em função da essencialidade*, devem eles conformar e adequar tal aplicação ao que efetivamente preconiza a Constituição, ou seja, devem aplicá-lo de acordo com os conceitos e significados expressos no texto constitucional de seletividade (art. 155, § 2º, III).

A expressão seletividade “em função da essencialidade das mercadorias”, contida no texto constitucional, consiste naquilo que é naturalmente, segundo Aliomar Baleeiro (1991, p. 347), *essencial para todos*, ou, quando menos, tratar-se da “[...] *imprescindibilidade das mercadorias de consumo generalizado*”. É assim entendido aquilo que *todo o povo* tem por essencial *para todos*: casa, água, luz, alimentação, saúde, educação, segurança.

Por isso, os Estados, ao fazerem a seletividade das alíquotas, não podem evadir-se irrefletidamente, diga-se, do conceito básico, do sentido

fundamental inserido no texto constitucional. Os Estados não podem, fonte no introduzido no artigo 110 do Código Tributário Nacional (CTN), ao aplicarem a seletividade das alíquotas do ICMS, limitar ou restringir aquilo que já é naturalmente conceituado como essencial e, por isso mesmo, já contido no sentido e significado da norma constitucional, independentemente da explicitação. Ou seria necessário a Constituição dizer que água e energia elétrica são essenciais? Cria-se que não.

A elaboração legislativa dos Estados, nesse viés, deve estar afinada com o conceito básico do vocábulo contido no texto constitucional, traduzindo-se naquilo que já ensinava Aliomar Baleeiro (1999, p. 206): “o discricionarismo honesto do legislador, fiel ao espírito da Constituição, fará a seleção das mercadorias e a relatividade das alíquotas”.

Se a norma constitucional do princípio da seletividade em função da essencialidade contém conceito intrínseco ou, ainda, definição extrínseca, subjacente ou adjacente, sobre mercadoria e/ou serviço essencial, os Estados, que *importaram* o princípio da Carta Federal, deverão, obrigatória e necessariamente, guardar identidade com o conceito de essencialidade nela inserido.

Existe lei federal, nos termos do § 1º do artigo 9º da Carta Política, que define os serviços e atividades essenciais, definição essa que se estende, evidentemente, aos produtos, mercadorias e serviços resultantes de tais atividades e serviços. Logo, os Estados não podem, seja a que título for, dar definição diversa e, muito menos, com ela colidente.

Não obstante, conforme descrito acima, a lei catarinense considerou como essencial, exclusivamente, a energia elétrica destinada ao consumo domiciliar, limitada aos primeiros 150 kw, e também aquela destinada ao produtor rural e às cooperativas rurais redistribuidoras, limitada a 500 kw. Constata-se, portanto, que a energia elétrica destinada ao *consumo de todos*

*os demais setores da economia e segmentos da sociedade não foi considerada como essencial!*

Partindo da noção maior de essencialidade, qual seja, de que o produto, mercadoria ou serviço é essencial quando imprescindível para todos, ou, quando menos, tratar-se de mercadoria indispensável ao consumo generalizado (BALEEIRO, 1999), não pode a legislação estadual, em termos tributários, fazer qualquer tipo de limitação ou de distinção.

Poderão os Estados, se assim optarem, *alargar e ampliar* o conceito constitucional de essencialidade de mercadoria e serviço, para beneficiar as populações de baixa renda, ou algum tipo de atividade ou segmento da população, mediante a utilização de outros instrumentos tributários, como a isenção, incentivo fiscal etc., mas, para os demais, não poderão limitar ou restringir a noção de essencialidade. Nesse contexto, o próprio Estado de Santa Catarina utilizou-se efetivamente da faculdade extensiva do conceito constitucional básico de essencialidade para abranger, como mercadoria essencial, o coque de carvão mineral (artigo 19, inciso III, letra *b*, da Lei n. 10.927/96), mercadoria de origem mineral típica da região carbonífera do sul do Estado catarinense.

Paralelamente, de forma contraditória, o mesmo Estado estabelece que a energia elétrica seja essencial apenas para o consumo domiciliar, limitando-a a determinada quantidade, como também para o consumo dos produtores rurais e cooperativas de redistribuição, excluindo todos os demais segmentos da sociedade. Isso, além de malferir a norma constitucional, fere fundo e forte o princípio da isonomia.

Acrescenta-se, e mais importante, que a tributação de energia elétrica pelo ICMS com a mesma alíquota em relação a outras mercadorias consideradas não essenciais fere claramente o princípio constitucional da essencialidade.

Diante desses argumentos, é inquestionável que o Estado de Santa Catarina, ao adotar para a energia elétrica a alíquota máxima de 25%, a mesma incidente, por exemplo, nas operações de circulação de bebidas e fumo, violou, às escâncaras, o princípio da essencialidade, com reflexo direto na sua inconstitucionalidade.

Ora, é sabido que os Estados, ao instituírem o ICMS, não definiram a essencialidade das mercadorias de consumo popular em função da quantidade de seu consumo, pois, se assim o fizessem, ter-se-ia que somente seria essencial o consumo de certa e determinada quantidade de latas de sardinha; tantos quilos de café, açúcar, charque, arroz, sal; tantos pacotes de margarina, leite, manteiga, pão etc.

Assim sendo, é indiscutível que tal definição de essencialidade colida com o conceito de essencialidade contido na norma constitucional. Nessa situação, note-se o problema a que se chegou: segundo a definição legal estadual, a energia elétrica não é essencial para a indústria e para o comércio, nem para os prestadores de serviços (hotéis, bares, restaurantes, profissionais liberais como médicos, odontólogos, engenheiros, advogados etc.); também não o é para os hospitais públicos e particulares, nem para os estabelecimentos de ensino; não o é, enfim, para todos os segmentos da economia. Por conseguinte, não há dúvidas em se afirmar que a aplicação legal de essencialidade da mercadoria energia elétrica, praticada pelos Estados, não resiste a nenhum exame ou consideração.

Tomando de empréstimo a expressão usual do Ministro do Supremo Tribunal Federal Marco Aurélio de Faria Mello, afirma-se que esta distinção legal de essencialidade é inconstitucional “a mais não poder”!

Segundo Aliomar Baleeiro (1991, p. 348), o princípio da seletividade consiste em que as alíquotas do tributo devam ser estabelecidas “[...] *na razão inversa da imprescindibilidade das mercadorias de uso generalizado*”.



Idêntico entendimento extrai-se do excerto do voto-vista proferido pelo Ministro João Otávio Noronha no REsp. n. 439.059-PR, no qual afirma que

[...] Imposto seletivo é aquele que grava de forma variada os produtos sobre os quais incide. No caso do IPI, essa seletividade, que confere ao imposto função extrafiscal (de intervenção na economia), há de ser aplicada levando-se em conta a essencialidade do produto. Em outras palavras, quanto mais essencial for o produto, menor deve ser a alíquota e vice-versa.

A propósito, conforme ensinamento oferecido por José Aleixo Dellagnelo e Helge Detlev Pantzier (2002, p. 62-63), tem-se que a Constituição Federal, ao estabelecer normas relativas aos impostos, diz que o Imposto sobre Produtos Industrializados será seletivo, segundo a essencialidade do produto. Isso significa que, quanto mais essencial for o produto, menor será a alíquota do imposto (produtos alimentícios não sofrem tributação pelo IPI).

Quanto ao ICMS, de competência dos Estados e do Distrito Federal, diz o artigo 155, inciso III: O imposto *“poderá ser seletivo, em função da essencialidade das mercadorias e serviços”*.

A Constituição anterior à de 1988 determinava que o ICMS tivesse alíquota uniforme, para todas as mercadorias. O preceito constitucional era contornado com subterfúgios tais como: redução de base de cálculo e créditos presumidos que significavam, na prática, reais variações de tributação, mantendo-se a aparência de invariável alíquota nominal.

A Constituição de 1988 quebrou a rigidez da alíquota uniforme. Permitiu aos Estados e Distrito Federal que estipulassem alíquotas diversas para as diferentes mercadorias e serviços. Entretanto, estabeleceu um critério que haveria de nortear as diversificações, para mais ou para menos, das alíquotas do tributo. O critério para a variação – a seletividade – das

alíquotas do ICMS, se praticada pelos Estados e Distrito Federal, deveria ser o mesmo do IPI: a essencialidade das mercadorias ou serviços.

As legislações dos Estados e do Distrito Federal, com base nos convênios realizados segundo as normas estabelecidas pela Lei Complementar n. 24/75, estabelecem uma alíquota-base para a grande maioria das mercadorias, uma alíquota reduzida para os produtos mais essenciais ou de consumo popular (cesta básica e assemelhados) e uma alíquota mais elevada para mercadorias listadas como supérfluas ou suntuárias.

Até aqui há uma perfeita consonância com o preceito constitucional que estipula o critério da essencialidade para a fixação das alíquotas. O que causa surpresa e questiona-se é o fato de as mercadorias de fundamental importância para a economia do País e absolutamente essenciais à coletividade terem tratamento tributário, pelo ICMS, equivalente ao de mercadorias listadas como supérfluas. É o caso, por exemplo, da gasolina e do álcool, tributados em alíquota majorada para 25%, igual a perfumes e bebidas, listados como supérfluos.

Sobre isso, será necessário falar sobre a essencialidade desses combustíveis? Acredita-se que não, pois já é reconhecida a essencialidade do óleo diesel, tributado com a alíquota minorada para 12%. Mesmo admitida a mais forte essencialidade do óleo diesel, parece-nos que, juridicamente, não se justifica a alíquota majorada de 25% para a gasolina e álcool carburante. A afronta à norma constitucional está expressa.

O mesmo raciocínio vale em relação à tributação da energia elétrica. É reconhecida sua essencialidade quando se trata de consumo em pequena escala, 150 kw ou 500 kw em certos casos (alíquota de 12%). Mas será suntuário o consumo acima desses limites para ser tributado com alíquota de 25%.

Admitir a quebra de norma constitucional alegando necessidade de arrecadação é abrir precedente para futuras alegações de *ordem* ou de *poder*.

O jurista Hugo de Brito Machado Segundo (2000, p. 70-77) aborda este tema mais amplamente.

#### 4 POSIÇÕES DIVERGENTES

Em que pese toda a argumentação até aqui exposta, dando conta da inconstitucionalidade da diferenciação de alíquotas do ICMS sobre a energia elétrica, admite-se: há entendimentos em sentido contrário, diga-se, absolutamente em testilha direta com a Constituição Federal, que as defendem sob o pálio da quantidade do consumo.

Em inventivas construções de raciocínios, os autores aqui referidos expõem que a *seletividade* das alíquotas estaria amparada pelo manto dos princípios da *capacidade contributiva* e *justiça fiscal* para firmar a progressividade das alíquotas do imposto (isenção, alíquota de 20% e de 27%) *segundo a quantidade de energia consumida*.

*Data venia*, sem demérito dos ilustres representantes dessa corrente, não se deve perder de vista que a Constituição Federal estabeleceu *norma básica* para *cada um* dos impostos nela previstos – e o ICMS não escapa a essa regra –, da qual se extraem as seguintes conclusões:

a) A progressividade é prevista para o Imposto de Renda e, em determinadas condições, para o Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU). para os demais impostos, não está prevista.

Mesmo que admitida a progressividade (facultativa por não estar expressamente proibida), não se elimina ou se substitui a seletividade segundo o critério constitucional, uma vez que não é facultativo, mas obrigatório, caso ela seja adotada. Entretanto, isso não se afigura o *busilis* da questão. O que se questiona é: como justificar uma alíquota expressivamente mais alta para um produto tão essencial como a energia elétrica? Ao se admitir a progressividade, ela partiria do zero (isenção) e teria como limite a alíquota

geral. Não mais do que isso. Assim, mesmo que progressiva, a alíquota deve seguir o princípio da essencialidade.

b) A capacidade contributiva dos consumidores de energia elétrica é meramente subjetiva, na maioria dos casos. Isso inibe a criação de alíquotas mais altas para uns em relação a outros.

Como aquilatar a capacidade contributiva de milhares de micro e pequenas empresas? Seguramente, supõe-se maior capacidade contributiva de quem adquire um automóvel (12%) ou uma passagem aérea (4%). Todavia, a justiça fiscal não permite equiparar a energia elétrica, para efeitos tributários, às cervejas, às bebidas alcoólicas, aos cigarros, aos cosméticos, à asa-delta, aos iates, etc.

A injustiça e a incoerência, nesse caso, são gritantes, evidentes, pois a alíquota progressiva de acordo com a quantidade consumida então só valeria para a energia elétrica? Ora, se o objetivo é a justiça fiscal, deveria, portanto, ser proporcional ao poder aquisitivo de cada consumidor. Nesse sentido, quem recebesse dois salários mínimos mensais deveria pagar menos imposto do que o cidadão cujo rendimento mensal é de 50 salários mínimos.

Desse modo, pensar no sentido traduzido pelas vigentes leis estaduais seria o mesmo que afirmar que as microempresas têm mais poder aquisitivo só porque elas consomem mais do que 150 ou 200 kw!

Pergunta-se: qual critério é utilizado para esse desiderato, considerando-se que muitas delas, na maior parte das vezes, fecham por inviabilidade econômica? Questiona-se, assim: por que só se tributa tanto a energia elétrica? Pela facilidade de cobrança? Ora, facilidade de cobrança não é critério para o aumento de alíquota!

Frente a essa flagrante ilegalidade, as indústrias (maiores consumidoras), é preciso admitir, beneficiam-se de uma atenuante no processo fiscal,

que é justamente o fato de a elas ser viabilizado o crédito posterior, a curto e médio prazo, do ICMS que pagam na fatura (LC n. 87/96, artigo 20, c/c artigo 33, II).

Porém, não se deve perder de vista que a LC n. 102/00 (artigo 1º) restringiu esse direito de crédito, o que pode tornar a discussão em tela interessante para aqueles que não podem se creditar pelo ICMS pago sobre a eletricidade.

E, ainda, mesmo para os contribuintes, consumidores que pagam a alíquota de 25% sobre o valor de energia elétrica consumida, este fato é significativo, tendo em vista a impossibilidade de crédito via LC n. 87/96 e também a possibilidade de repetição do indébito de todo o período não alcançado pela prescrição decenal.

c) Por outro lado, o critério da quantidade de uso também não pode justificar a aplicação de alíquota maior para o ICMS incidente sobre a energia elétrica em Santa Catarina. Na esteira desse raciocínio, haveria de ser tributada alíquota maior à empresa que adquirisse maior quantidade de matéria-prima na fabricação de seus produtos.

Caminhando ao extremo do argumento da capacidade contributiva, dever-se-ia pugnar para que a alíquota dos produtos e serviços guardasse proporcionalidade com o salário ou com a renda bruta dos adquirentes, de tal forma que cada um gastasse o mesmo percentual de sua renda na aquisição da alimentação. Do mesmo modo, dizer que quem consome mais do que 150 ou 200 kw tem mais poder aquisitivo é mera suposição subjetiva, que tenta justificar, ao arrepio da Constituição Federal, a cobrança abusiva acobertada pela falácia de que se estaria promovendo a justiça fiscal.

Seguramente, possui mais poder aquisitivo quem compra roupas ou sapatos de grife, adquire automóveis ou viaja de avião. Mas, em vez de tais produtos e atividades terem alíquotas acrescidas, têm-nas reduzidas.

d) Outro grande argumento apresentado pelos Estados é o de que o ICMS, sua principal renda tributária, tem fortíssimo apoio na arrecadação proveniente da tributação especial do consumo da energia, e eles não poderiam perder essa fonte de receita. Ora, essa tão expressiva receita é mais um comprovante da essencialidade da energia elétrica, produto de pouca elasticidade, de uso forçado pelo comércio, pela indústria, por todo o tipo de atividades, por todas as residências, de quaisquer categorias que sejam.

Por outro lado, a arrecadação real e definitiva do ICMS da energia elétrica não significa todo o altíssimo valor cobrado. Observe-se o caso da arrecadação proveniente da indústria; esta é diluída nos pagamentos futuros, pois, creditando o ICMS da energia na entrada, as indústrias diminuem o valor do imposto a recolher na saída dos produtos. Mas os particulares, as empresas e sociedades (hotéis, prestadoras de serviço, hospitais, escolas etc.) sofrem e suportam o ônus de forma integral, sem nenhuma forma ou espécie de retorno.

Uma digressão possível seria que, com o barateamento de seu custo, motivado pela alíquota de 12%, talvez se proporcione maior bem-estar, maior produção de bens, maiores atividades que compensariam boa parte dessa *perda* de arrecadação. Decerto, não é com o *jeitinho* de contornar a Constituição que o Poder Público deve se sustentar.

e) Por outro vértice, o Poder Judiciário não é legislador para fixar as alíquotas do ICMS, mas é guardião da constitucionalidade das leis, e a ele cabe impedir alíquotas fixadas com critérios incompatíveis com as normas expressas na Carta Política Nacional.

Assim, mesmo admitida a progressividade das alíquotas do ICMS, a essencialidade do produto não pode permitir que produtos essenciais possam ter alíquota equiparada à dos produtos supérfluos. O mínimo que

se pode deduzir é que a essencialidade admite, para tais produtos, alíquota igual ou inferior à alíquota geral do ICMS, nunca superior.

Nesse diapasão, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro prolatou *decisum* em que apreciou e julgou, exatamente na direção aqui profanada, a inconstitucionalidade de legislação estadual que majora alíquotas de ICMS sobre operações envolvendo energia elétrica, o qual sirva de exemplo, espera-se. A seguir, a ementa do respectivo acórdão:

MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. MAJORAÇÃO DA ALÍQUOTA PARA 30% EM SERVIÇOS DE ENERGIA ELÉTRICA E AC 930/RJ DE COMUNICAÇÃO TELEFÔNICA. LEI ESTADUAL N. 4.056/02. ART. 82, § 1º, ADCT. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE. OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA SELETIVIDADE (TJRJ — MS 2003.004.01893; j. reg. em 19-8-2004).

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. EXISTÊNCIA DE OMISSÃO. SUA CORREÇÃO. EMBARGOS À EXECUÇÃO. ICMS. INCONSTITUCIONALIDADE DO AUMENTO DA ALÍQUOTA DO ICMS DO ESTADO DE SÃO PAULO DE 17% PARA 18%. ART. 166 DO CTN. NÃO-APLICAÇÃO. PRECEDENTES. 1. Ocorrendo omissão na decisão embargada, cabíveis os embargos de declaração para sua correção. 2. Equívoco do decisório ao não atentar para a circunstância de que não se trata de repetição de indébito ou compensação, mas de execução do valor já declarado inconstitucional pelo STF, não sendo aplicável o art. 166 do CTN. Correção para adequar o julgamento. 3. O objetivo do recurso especial é diminuir o valor cobrado em sede de execução fiscal, por meio de redução da CDA da quantia atinente à majoração da alíquota, tida por inconstitucional. Assim sendo, não tem aplicação o art. 166 do CTN, não havendo que se cogitar de prova do não-repasse do encargo financeiro. 4. Precedentes: EREsp. n. 433.171/RS, rel. Min. Castro Meira; Resp. n. 872.824/SP, rel. Min. Teori Albino Zavascki; 534.504/SP, relatora Ministra Eliana Calmon; 864.642/SP, rel. Min. Teori Albino Zavascki; 847.396/SP, rel. Min. Teori Albino Zavascki; 898.196/SP, rel. Min. Teori Albino Zavascki; 684.887/SP, relatora Ministra Eliana Calmon; AgRg no AG n. 725.631/SP, rel.

Min. Luiz Fux; AgRg no AgRg no REsp. n. 752.883/SP, rel. Min. Francisco Falcão; AgRg no AG n. 634.498/SP, rel. Min. João Otávio de Noronha, dentre outros. 5. Embargos acolhidos para, conferindo-lhes efeitos modificativos, dar provimento ao recurso especial para afastar a majoração da alíquota de ICMS no valor de 1% (STJ — EDcl no AgRg no Ag 838.555/SP; Ministro José Delgado; Primeira Turma; DJ de 23-8-2007).

f) No passo da prescrição decenal para pleitos envolvendo a matéria de que se cogita nesta doutrina, lecionam Sacha Calmon Navarro Coelho e Valter Lobato (2005, p. 108), a ineficácia e invalidade absolutas dos artigos 3º e 4º da LC n. 118/05,

pois clara seria a tentativa de usurpar a jurisdição do Poder Judiciário, que já havia decidido o alcance do art. 168, I, do CTN. Nem vale para os casos em andamento ou futuros o mesmo art. 3º, pois não inova a ordem jurídica, nada traz de novidade capaz de modificar aquilo em que o Judiciário já colocou uma “pá-de-cal”. Se o referido art. 3º é vazio de normatividade e a interpretação que dita não tem prevalência no Judiciário, não pode valer quanto ao passado, ao presente e ao futuro.

Não se duvida da inconstitucionalidade do artigo 3º da LC n. 118/05, em face da flagrante violação da norma, que se diz meramente interpretativa, ao postulado inserto no artigo 150, § 1º c/c o § 4º, do CTN. Diz-se isso na medida em que o ordenamento jurídico pátrio até admite a interpretação em matéria fiscal, como se observa do artigo 106, I, do CTN. Porém, essa lei necessita ser realmente interpretativa de algo que necessariamente precise ser aclarado.

Desse modo, o artigo 3º da LC n. 118/05 contrariou o disposto no próprio artigo 106, I, do CTN, uma vez que a matéria assente no artigo 168, I, do CTN já se encontrava exaustivamente interpretada pelo Poder Judiciário, ainda mais se mostrando a nova sistemática adotada pela LC n. 118/05 (prescrição quinquenal) em sentido absolutamente contrário ao entendimento que já estava assente jurisprudencialmente (prescrição



decenal, pela conjugação dos artigos 168, I, *c/c* o 156, VII, *c/c* o 150, §§ 1º e 4º, do CTN).

Diante disso, resulta contrariado igualmente o inteiro teor do disciplinamento inserto no artigo 110 do CTN, o qual determina que a lei tributária não possa alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios para definir ou limitar competências tributárias.

É indubitável, assim, com que o dispositivo em questão pretendendo contornar norma já consolidada, há manifesto desvio de finalidade e abuso do Poder Legislativo, usurpando-se competência do Poder Judiciário e ferindo-se fundo e forte a orientação firmada pelo Superior Tribunal de Justiça, numa clara violação aos princípios da independência e harmonia dos poderes, segurança jurídica, irretroatividade, boa-fé, moralidade, isonomia e neutralidade da tributação para fins concorrenciais, o que autoriza a prescrição decenal à matéria em apreço (COSTA, 2005).

Nesse diapasão:

PROCESSUAL CIVIL, CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ICMS. [...] REPETIÇÃO DO INDÉBITO. PRESCRIÇÃO. INCIDÊNCIA DE JUROS DE MORA. ART. 167 DO CTN. SÚMULA 188/STJ. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. Na hipótese de tributo sujeito a lançamento por homologação, o prazo para a propositura da ação de repetição de indébito é de 10 (dez) anos a contar do fato gerador, se a homologação for tácita (*tese dos "cinco mais cinco"*), e de 5 (cinco) anos a contar da homologação, se esta for expressa (STJ — REsp. n. 547.708/RS; DJ 10-5-2007).

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. ICMS. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. ART. 173, I, DO CTN. PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. PRESCRIÇÃO.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. VALOR IRRISÓRIO. SÚMULA 7/STJ. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL INDEMONSTRADA. O prazo prescricional em ações que versem sobre repetição deve seguir a regra geral dos tributos sujeitos a lançamento por homologação. A extinção do direito de pleitear a restituição de tributo sujeito a lançamento por homologação, em não havendo homologação expressa, só ocorrerá após o transcurso do prazo de cinco anos contados da ocorrência do fato gerador, acrescido de mais cinco anos contados da data em que se deu a homologação tácita (REsp. n. 435.835/SC, julgado em 24-3-04) (STJ — REsp. n. 431.264/SP; DJ 30-3-2006).

Contudo, *ad argumentandum tantum*, na pior das hipóteses, caso se entenda possível afastar os vícios de que padecem os dispositivos da LC n. 118/05, nesse viés, a bem da verdade, ainda que a LC n. 118/2005, o argumento de estar *interpretando* o inciso I do artigo 168, tenha determinado que a *extinção do crédito tributário*, nos casos de tributos sujeitos a lançamento por homologação, ocorre no momento do *pagamento antecipado*, *ela somente se aplica aos fatos geradores ocorridos após a sua vigência, ou seja, após 2005*, uma vez que é de sabença que, quando a lei não é meramente interpretativa, ela não pode ser aplicada a fatos pretéritos, conforme disciplina o artigo 106, I, do CTN.

Trata-se, portanto, de inovação que, não obstante o teor do § 4º da LC n. 118/2005, não pode ser aplicada retroativamente, impondo-se, assim, que, para os fatos geradores precedentes a essa Lei o prazo prescricional é o decenal (tese dos 5+5), e para aqueles advindos depois da sua vigência, ou seja, a partir de 9 de junho de 2005, passou a ser quinquenal.

Sobre isso, Omar Augusto Leite Melo (2005, p. 80) expõe:

[...] o novo marco inicial fixado pelo artigo 3º da LC n. 118/05 deve alcançar tão-somente os pagamentos indevidos efetivados a partir de 120 dias da publicação da Lei Complementar n. 118/05 (9-6-2005), sendo inconstitucional a retroatividade pretendida pelo artigo 4º da LC n. 118/05.

Portanto, de todo o exposto, conclui-se que os modos de extinção dos créditos tributários são regidos por lei tributária vigente ao tempo em que estes ocorrem. Por isso as relações jurídicas que se deram antes do advento da LC n. 118/05 devem ser regidas pelo entendimento que já era sufragado, dos dez anos como prazo prescricional, critério decenal este fixado pelo STJ, o qual, destarte, alcança todos os fatos jurídicos iniciados antes de 9 de junho de 2005 – termo inicial da vigência da lei mencionada –, ainda que o pagamento antecipado do tributo não tenha sido efetuado (MACHADO, 2005).

Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DOS DISPOSITIVOS VIOLADOS. SÚMULA 284/STF. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PRAZO PRESCRICIONAL. LC N. 118/2005. INCONSTITUCIONALIDADE DA APLICAÇÃO RETROATIVA. COMPENSAÇÃO. TRIBUTOS DE DIFERENTES ESPÉCIES. SUCESSIVOS REGIMES DE COMPENSAÇÃO. APLICAÇÃO RETROATIVA OU EXAME DA CAUSA À LUZ DO DIREITO SUPERVENIENTE. INVIABILIDADE. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS DE MORA.

Sobre a prescrição da ação de repetição de indébito tributário de tributos sujeitos a lançamento por homologação, a jurisprudência do STJ (1ª Seção) assentou o entendimento de que, no regime anterior ao do art. 3º da LC n. 118/05, o prazo de cinco anos, previsto no art. 168 do CTN, tem início, não na data do recolhimento do tributo indevido, e sim na data da homologação — expressa ou tácita — do lançamento. Assim, não havendo homologação expressa, o prazo para a repetição do indébito acaba sendo de dez anos a contar do fato gerador. A norma do art. 3º da LC n. 118/05, que estabelece como termo inicial do prazo prescricional, nesses casos, a data do pagamento indevido, não tem eficácia retroativa. É que a Corte Especial, ao apreciar Incidente de Inconstitucionalidade no REsp. n. 644.736/PE, sessão de 6-6-2007, declarou inconstitucional a

expressão “observado, quanto ao art. 3º, o disposto no art. 106, I, da Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional”, constante do art. 4º, segunda parte, da referida Lei Complementar (STJ – REsp. n. 894378/SP; DJ 20-8-2007).

QUESTÃO DE ORDEM. TRIBUTÁRIO. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PRAZO PRESCRICIONAL. ART. 3º DA LC N. 118/05. APLICAÇÃO RETROATIVA, DETERMINADA PELO ART. 4º, SEGUNDA PARTE, DA MESMA LEI. INCONSTITUCIONALIDADE. INSTAURAÇÃO DO INCIDENTE PERANTE A CORTE ESPECIAL, EM ATENDIMENTO À DECISÃO DO STF (STJ — EREsp. n. 644.736; DJ de 7-5-2007).

g) A legitimidade, por seu turno, para ações de repetição de indébito tributário dessa natureza, já foi pacificada pelo STJ:

PROCESSUAL CIVIL. ICMS SOBRE CONSUMO DE ENERGIA ELÉTRICA. LEGITIMIDADE DO CONSUMIDOR PARA PROMOVER AÇÃO POSTULANDO EXONERAR-SE DO TRIBUTO. PRELIMINAR REJEITADA. EMBORA NÃO SEJA CONTRIBUINTE DE DIREITO, O CONSUMIDOR DE ENERGIA O É, INDIRETAMENTE, POIS É ELE QUE SOFRE O ÔNUS TRIBUTÁRIO (ICMS) EMBUTIDO NO CONSUMO, TENDO LEGÍTIMO INTERESSE DE PROMOVER AÇÃO VISANDO EXIMIR-SE DA EXAÇÃO (STJ — REsp. n. 48.135/SP).

O ICMS É IMPOSTO INDIRETO, COMPORTANDO, “POR SUA NATUREZA, TRANSFERÊNCIA DO RESPECTIVO ENCARGO FINANCEIRO”. POR ISSO, A RESTITUIÇÃO SOMENTE PODERÁ SER FEITA ÀQUELE QUE “PRÓVE HAVER ASSUMIDO REFERIDO ENCARGO, OU, NO CASO DE TÊ-LO TRANSFERIDO A TERCEIRO, ESTAR POR ESTE EXPRESSAMENTE AUTORIZADO A RECEBÊ-LA” (CTN, ART. 166) (REsp. n. 308.797, Min. Paulo Medina; REsp. n. 476.492, Min. Luiz Fux; AgRgAI n. 440.976, Min. José Delgado) (TJSC — ACMS n. 2001.016799-9, da Capital, rel. Des. Newton Trisotto, j. 24-11-03).

Por conseguinte, o argumento de que possivelmente se utilizaria a Fazenda para *afastar* a legitimidade ativa *ad causam* dos consumidores de energia elétrica, nesses casos, seria completamente insubsistente, até porque a finalidade do artigo 166 do CTN é a de proteger o contribuinte dito *de fato*, ou seja, aquele que efetivamente assumiu o encargo financeiro, e não a de convalidar exigências flagrantemente inconstitucionais.

Segundo Sacha Calmon Navarro Coelho (1998, p. 90),

quando o Código Tributário Nacional se refere a tributos que, pela sua própria natureza, comportam a transferência do respectivo encargo financeiro, está se referindo a tributos que, pela sua constituição jurídica, são feitos para obrigatoriamente repercutir, casos do IPI e do ICMS, entre nós, idealizados para serem transferidos ao consumidor final. A natureza a que se refere o artigo é jurídica. A transferência é juridicamente possibilitada. A abrangência do art. 166, portanto, é limitada, e não ampla. [...] O Código Tributário Nacional está rigorosamente correto. Não seria ético, nem justo, devolver o tributo indevido a quem não o suportou. Seria enriquecimento sem causa.

Assim, quando o artigo 166 refere-se a tributos que comportem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro, está-se referindo aos tributos lançados (ou seja, efetivamente destacados) no documento fiscal em que o contribuinte (de direito) arrecada-o do adquirente (ou do chamado contribuinte de fato) e o recolhe ao sujeito ativo (CASSONE, 2002, p. 42).

Além do mais, no caso específico da energia elétrica, o preço é tarifado, e o imposto é juridicamente cobrado como um *plus*. Há, portanto, clara repercussão jurídica do imposto. O ICMS não é custo do fornecedor de energia. Seus custos são cobertos pela tarifa. Na verdade, a lei apenas conferiu ao concessionário – as Centrais Elétricas de Santa Catarina S.A. (Celesc), no caso de Santa Catarina – o dever jurídico de recolher o ICMS, atribuindo-lhe o direito de exigir do consumidor o reembolso respectivo.

Em face disso, entender que o consumidor não possui legitimidade para questionar o ICMS, no caso, implica estiolar fundo e forte a garantia do amplo acesso à jurisdição, consagrada pelo artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal.

## 5 LEGITIMIDADE PROCESSUAL

Toda essa exposição faz-se necessária uma vez que, não obstante se saiba que o processo é apenas um instrumento para viabilizar a aplicação adequada do Direito nas situações de conflito, muitos ainda são os que o empregam de sorte a dificultar ou mesmo inviabilizar aquela aplicação.

Entre estes, infelizmente, estão muitos juízes que, em nome de normas e princípios do processo, nem sempre por eles compreendidos adequadamente, ou pela desatenção a alguns conceitos, deixam de prestar a jurisdição que lhes é requerida, invocando teses de processo que os autorizariam a não conhecer, seja da ação, seja do recurso, deixando a questão de mérito sem solução. Em outras palavras: trabalham muito e nada fazem.

A estes dirige-se a crítica de Humberto Gomes de Barros (1998, p. 93) de que

julgar é ato político. O juiz não é sacerdote, etéreo, indiferente à realidade. Ele é um agente do Estado, a serviço da solução dos conflitos. Seu escopo é extinguir conflitos de interesses. Para bem exercer a função jurisdicional, o juiz necessita de um instrumento que lhe permita identificar, em segurança, qual das pretensões se afina com o Direito. Tal ferramenta é o processo: uma conquista dos homens, na luta milenar, pela segurança e liberdade. O processualismo, contudo, transforma o processo em labirinto, impedindo que o magistrado solucione a lide. É necessário que passemos a cultivar o “processo de resultados”, a servir como fio de Ariadne, colocando a forma a serviço da substância, com o escopo de realizar a Justiça. Ao dizer que “não conheço”, o Juiz abdica de sua função política, sonogando a prestação de que é devedor. Torna-se inadimplente.

Infelizmente, não são poucos os que preferem o *não conheço* a expressar um juízo de mérito sobre a questão que lhe é posta, seja nos tribunais, quando não conhecem do recurso, seja na primeira instância, quando *negam legitimidade ao autor*, violando, muitas vezes, o direito deste à jurisdição.

Dispõe o art. 3º do Código de Processo Civil (CPC): para propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade. O interesse exigido neste artigo é o interesse processual, ou seja, o ter *necessidade da prestação jurisdicional* como meio para obter a satisfação do direito do qual se diz titular. A legitimidade, por sua vez, nada mais é do que o interesse material, vale dizer, participar da relação de direito material que é questionada, ou de relação jurídica que possa ser afetada pela prestação jurisdicional requerida.

Conforme ensina José de Albuquerque Rocha (1986, p. 149), o interesse jurídico *do qual decorre a legitimidade processual* é o interesse material que se traduz na

aspiração juridicamente garantida a um bem da vida, *é o interesse que tem o titular de um direito subjetivo na efetividade deste*. É jurídico porque está albergado por uma relação jurídica, e se diz material porque essa relação jurídica é de direito material.

Também de grande valia é a lição de Vicente Greco Filho (1993, p. 79), para quem,

apesar de a legitimidade ser examinada no processo e ser uma condição do exercício da ação, a regra é a de que *as normas definidoras da parte legítima estão no direito material, porque é ele que define as relações jurídicas entre os sujeitos de direito, determinando quais os respectivos titulares*. Assim, somente a análise cuidadosa das relações jurídicas entre os sujeitos, a serem submetidas ao Judiciário, é que determinará a *legitimatío ad causam*.

Não é preciso esforço esotérico para perceber que a errada qualificação das relações jurídicas pode levar a um erro de legitimidade, acabando

por se negar o direito de ação a quem na verdade teve um direito lesionado ou ameaçado.

Curioso é observar que a Fazenda Pública geralmente sustenta a ilegitimidade processual do autor de ação contra ela intentada. Quando a ação é promovida pelo contribuinte, afirma que este transferiu o encargo a terceiro, que seria o contribuinte *de fato*. Quando a ação é promovida por quem diz ter suportado o encargo financeiro, afirma que este não é parte na relação obrigacional. Em qualquer caso, recusa-se a cessar de impor exação indevidamente cobrada, demonstrando que a ela não importa o princípio da legalidade tributária. Não importa o respeito à lei. Importa-lhe apenas a arrecadação.

Ora, negar a própria legitimidade para a causa é violar literal disposição de lei. Tanto da lei que define o obrigado ao pagamento, como da lei processual que define a legitimidade. Além disso, negar a legitimidade implica negar o próprio direito de ação. Ao se estabelecer que o contribuinte de fato não possui legitimidade para a causa, nada mais se está fazendo do que negando, expressamente, vigência ao enunciado do art. 3º do CPC.

Felizmente, como já exposto, o STJ acolheu, em caso análogo ao presente, a *legitimidade do contribuinte de fato* para a ação em que pretende discutir a legalidade da exigência fiscal que sobre ele próprio recai em face do fenômeno da repercussão jurídica.

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. [...]. INTERESSE DE AGIR. EXISTÊNCIA. Existe "o interesse de agir quando, configurado o litígio, a providência jurisdicional invocada é cabível à situação concreta da lide, de modo que o pedido apresentado ao juiz traduza formulação adequada à satisfação do interesse contrariado, não atendido, ou tornado incerto. Há, assim, o interesse de agir sempre que a pretensão ajuizada, por ter fundamento razoável, se apresente viável no plano objetivo. Interesse de agir significa existência de pretensão objetivamente razoável" (José Frederico Marques,



*Manual de Direito Processual Civil*, 1º volume, Edição Saraiva, 1974, p. 157-158) (RMS 11.116/SP).

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. "Existe *interesse* processual quando a parte tem necessidade de ir a juízo para alcançar a tutela pretendida e, ainda, quando essa tutela jurisdicional pode trazer-lhe alguma utilidade, do ponto de vista prático" (Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery. *Código de Processo Civil Comentado*, 4ª edição, Revista dos Tribunais, 1999, p. 729-730) (RMS 19.773/SP).

Oportuno transcrever, neste ponto, a brilhante lição de Vicente Greco Filho (1993, p. 80) ao conceituar o interesse processual como sendo

*[...] a necessidade de se socorrer ao judiciário para a obtenção do resultado pretendido [...]. Para verificar-se se o autor tem interesse processual para a ação deve-se responder afirmativamente à seguinte indagação: para obter o que pretende o autor necessita da providência jurisdicional pleiteada?*

Aplicando-se ao caso presente a indagação acima referida, por óbvio é que se terá uma resposta afirmativa. Sem dúvida, para que se faça cessar a cobrança – *vale dizer, indevida* – da alíquota máxima do ICMS sobre a energia elétrica, teria o contribuinte de fato – que é quem paga efetivamente o tributo – que ingressar judicialmente, com ação própria, para requerer a providência jurisdicional nesse sentido. É ele o maior *interessado* em que se faça extinguir referida exação, pois a ele é dirigida a cobrança, o que o torna sujeito passivo da exigência tributária incondicionalmente.

Para entender melhor a questão, basta fazer o seguinte raciocínio: se o contribuinte de fato – consumidor final da energia elétrica – não tem legitimidade para reclamar da ilegalidade da cobrança das alíquotas incidentes de ICMS sobre a energia elétrica, quem terá?

Seria a concessionária, neste caso a Celesc, que não possui nenhum interesse processual na causa, pois, em face do fenômeno da repercussão jurídica do tributo, a ela é deferida a prerrogativa de transferir, ao

consumidor final da energia elétrica, o respectivo encargo financeiro, posteriormente recolhendo-o ao Estado? Lógico que não. Interesse nenhum apresentaria na discussão sobre algo que não suporta de fato, mas unicamente de direito.

Ora, é facilmente perceptível que, em razão dos argumentos que a Fazenda utiliza para afastar a legitimidade ativa *ad causam*, não restará ninguém para contrapor a exigência do ICMS nos moldes relatados, traduzindo-se, literalmente, numa proibição de exercer um direito de ação, direito esse protegido constitucionalmente e amparado pelo CPC, por intermédio do artigo 3º.

Sérgio Sahione Fadel (2005, p. 39) particulariza a situação afirmando que “*interesse e legitimidade são requisitos indissociáveis ou pressupostos interligados, são premissas inafastáveis à pretensão da prestação jurisdicional*”.

## 6 CONCLUSÃO

Há, assim, um interesse subjetivo intrínseco do consumidor da energia elétrica, que é o de buscar algo que pensa pertencer-lhe ou ser-lhe devido. Esse interesse o move nessa busca – *objeto* –, à qual, por via de regra, a Fazenda se opõe.

Ao arremate, é o entendimento sufragado pelas 1ª e 2ª Turmas do STJ, *verbis*:

TRIBUTÁRIO. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. DEMANDA CONTRATADA DE POTÊNCIA. FATO GERADOR. LEGITIMIDADE ATIVA E PASSIVA. 1. O consumidor final é o sujeito passivo da obrigação tributária, na condição de contribuinte de direito e de fato. A distribuidora de energia elétrica não é contribuinte do imposto ICMS, mas mera responsável pela retenção, pois limita-se a interligar a fonte produtora ao consumidor final. Ilegitimidade de parte das empresas recorrentes afastada. 2. A Fazenda Estadual é parte legítima para constar do pólo passivo de ação de segurança que objetiva extirpar a

cobrança do ICMS. "Somente o Fisco credor é quem pode e deve sofrer os efeitos de eventual condenação, porque é ele o único titular das pretensões contra as quais se insurgem os recorrentes. A distribuidora não teria como, por decisão sua, atender ao pedido de exclusão do montante relativo à operação de demanda contratada da base impositiva do ICMS, já que se trata de exigência imposta pela Fazenda" (Voto-vista proferido pelo Min. Teori Albino Zavascki nos autos do REsp. n. 647.553/ES, da relatoria do Min. José Delgado, DJ 23-5-05) (STJ — REsp. n. 838.542/MT; Segunda Turma).

TRIBUTÁRIO. AÇÃO ORDINÁRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICO-TRIBUTÁRIA CUMULADA COM PEDIDO DE REPETIÇÃO DO INDÉBITO. ICMS. TARIFA DE ENERGIA ELÉTRICA. LEGITIMIDADE. "A RESTITUIÇÃO DOS TRIBUTOS INDIRETOS, PAGOS PELO PRIMEIRO CONSUMIDOR, SOMENTE POR ESTE, OU MEDIANTE SUA AUTORIZAÇÃO, PODE SER RECLAMADA" (RE N. 44.115). ASSIM, PORQUE SUPORTA A AUTORA O ÔNUS OU ENCARGO DO TRIBUTO RELACIONADO AO CONSUMO DE ENERGIA ELÉTRICA, ESTÁ ELA LEGITIMADA A PLEITEAR A REPETIÇÃO DO IMPOSTO QUE ENTENDE INDEVIDO (STJ — REsp. n. 24.772/SP; Segunda Turma).

PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO — EMBARGOS DE DECLARAÇÃO — ERRO MATERIAL — ICMS — ENERGIA ELÉTRICA — REPETIÇÃO DE INDÉBITO — LEGITIMIDADE DO CONTRIBUINTE DE FATO. O consumidor de fato que assume o ônus econômico do ICMS incidente sobre o consumo de energia elétrica está legitimado a pleitear a repetição do indébito da exação que lhe desfalcou o patrimônio (precedentes do STJ) (STJ — EDcl no REsp. n. 209.485/SP; Segunda Turma).

TRIBUTÁRIO — ICMS — TRANSFERÊNCIA — ENCARGO — LEGITIMIDADE — O ICMS, sendo tributo que comporta transferência do respectivo encargo financeiro, gera para o contribuinte de fato legitimidade para ir a juízo defender sua imunidade. Recurso provido (STJ — REsp. n. 197.345/SP; Primeira Turma).

Tributário. ICMS. Energia elétrica. Legitimidade do consumidor. Contribuinte de fato. 1. Assentou a Primeira Turma que o contribuinte de fato tem legitimidade para propor ação em que se discute cobrança de ICMS. 2. Precedentes. 3. Recurso não provido (STJ — REsp. n. 183.087/SP; Primeira Turma).

Portanto, no que respeita ao ICMS – *imposto de incidência indireta* –, pode-se afirmar, com tranqüilidade, que a relação jurídica material correspondente se estabelece, invariavelmente, entre o Estado, como sujeito passivo, devedor, e o contribuinte de fato, ou seja, o consumidor final da energia elétrica, como sujeito ativo, credor.

A Celesc, na qualidade de mero órgão arrecadador do tributo ICMS, é parte ilegítima, por seu turno, para restituir, por meio de compensação tributária, o imposto incidente sobre o consumo de energia elétrica. Isso porque não detém poder para suspender e/ou alterar a cobrança do ICMS, ou mesmo devolvê-lo ao contribuinte, já que endereçado aos cofres da Fazenda Pública Estadual (Ap. Cív. n. 1998.010299-5, de Brusque, rel. Des. Rui Fortes, j. 22-6-2004).

É, sem dúvida, o contribuinte de fato o que experimenta o empobrecimento, o prejuízo, a diminuição patrimonial decorrente do pagamento de imposto indireto por parte do contribuinte legal – Celesc, e, quando indevido – como sói ser o caso de que se cogita –, é ele o credor perante o Estado, uma vez que o contribuinte de direito não tem interesse de acionar, porquanto lhe caiba unicamente o repasse.

## 7 REFERÊNCIAS

BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

BARROS, Humberto Gomes de. Reforma processual ou falência do Poder Judiciário. *Themis*, revista da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará, v. 2, ano 2. Palestra proferida no IIº Congresso Internacional da Justiça, em Fortaleza, Ceará, no dia 8-12-1998.

BRASIL. Constituição (1988). Art. 155, § 2º, III. 21. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 90.

BRASILEIRO, Georgina de Paula. O princípio da seletividade e o ICMS incidente sobre energia elétrica. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo, Revistas dos Tribunais, v. 57, jul.-ago. 2004, p. 122-137.

CASSONE, Vittorio. Liminares e depósitos antes do lançamento por homologação – decadência e prescrição. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, Oliveira Rocha – Comércio e Serviços, 2002, p. 42.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. Prescrição e decadência no direito tributário brasileiro. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo, Malheiros Editores, v. 71, 1998, p. 84-93.

\_\_\_\_\_; LOBATO, Valter. Reflexões sobre o art. 3º da Lei Complementar 118. Segurança jurídica e a boa-fé como valores constitucionais. As leis interpretativas no direito tributário brasileiro. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, Oliveira Rocha – Comércio e Serviços, v. 117, jun. 2005, p. 108-123.

COSTA, Mário Luiz Oliveira da. Lei Complementar n. 118/2005: a pretendida interpretação retroativa acerca do disposto no art. 168, I, do CTN. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, Oliveira Rocha – Comércio e Serviços, v. 115, abr. 2005, p. 97-107.

DELLAGNELO, José Aleixo; PANTZIER, Helge Detlev. *Direito tributário: princípios e conceitos à luz da CF/88 e CTN*. Curitiba: Juruá, 2002.

FADEL, Sahione Sérgio. *Código de processo civil comentado*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 39.

GRECO, Vicente Filho. *Direito processual civil brasileiro*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1993. v. 1.

MACHADO, Hugo de Brito. A questão da lei interpretativa na Lei Complementar n. 118/2005: prazo para repetição do indébito. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, Oliveira Rocha – Comércio e Serviços, v. 116, maio 2005, p. 52-68.

MELO, Omar Augusto Leite. A LC 118/05 e a contagem inicial do prazo para pleitear a restituição e compensação de indébito tributário. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, Oliveira Rocha – Comércio e Serviços, v. 117, jun. 2005, p. 80-95.

ROCHA, José Albuquerque de. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Saraiva, 1986.

SEGUNDO, Hugo de Brito Machado. A tributação da energia elétrica e a seletividade do ICMS. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, Oliveira Rocha – Comércio e Serviços, v. 62, nov. 2000, p. 70-77.

# REVISÃO CRIMINAL *PRO SOCIETATE*: EVOLUÇÃO, CONSTITUCIONALIDADE E PARÂMETROS NORMATIVOS

Jailson José de Melo\*

1 Introdução. 2 Revisão criminal no Brasil: notícia histórica e perfil constitucional. 3 A revisão das absolvições: a teoria *pro societate*. 3.1 Origem. 3.2 Doutrina. 4 Revisão criminal *pro societate*: direito comparado. 5 Constitucionalidade da teoria *pro societate*. 5.1 Princípios relacionados ao tema. 5.1.1 Igualdade. 5.1.2 Relatividade da coisa julgada. 5.1.3 Inadmissibilidade de provas obtidas por meios ilícitos. 5.1.4 Proporcionalidade. 5.2 Convenção Americana sobre Direitos Humanos. 5.3 Supremo Tribunal Federal. 6 Parâmetros normativos. 6.1 Admissibilidade. 6.2 Legitimidade. 6.3 Prazo. 7 Conclusão. 8 Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

A atividade jurisdicional está constantemente sujeita a falhas. A própria Constituição Federal de 1988 (CF/88), atenta à falibilidade humana, prevê indenizações a serem pagas pelo Estado em algumas situações de erro judiciário<sup>1</sup>.

Tais erros, evidentemente, não são desejáveis; pelo contrário, podem gerar descontentamento com a atividade judiciária e desordem social. Nesse contexto, a revisão criminal se apresenta como instrumento processual idôneo para, em situações previamente determinadas, viabilizar a correção de erros cometidos em decisões de processos criminais não suscetíveis de recurso. É indiscutível, portanto, a importância do instituto.

\* Especialista em Direito Processual pelo Cesus; formado pela Escola do Ministério Público/SC; graduado em Direito pela UFSC; e Oficial de Justiça do Poder Judiciário do Estado de Santa Catarina.

1 CF/88, artigo 5º, LXXV – “o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença”.

A revisão criminal pode ser *pro reo* (em favor do réu) ou *pro societate* (em favor da sociedade). A primeira é utilizada em benefício do condenado para desconstituir, após a decisão transitada em julgado, injustiças e erros judiciários; a segunda, por sua vez, tem cabimento nas situações em que a decisão de mérito absolutória irrecorrível foi decretada em desconformidade com a lei e/ou com as provas produzidas lícitamente nos autos.

Tradicionalmente no Brasil tem sido adotada a revisão *pro reo* e nunca a modalidade *pro societate*<sup>2</sup>, embora esta tenha sido abraçada por diversos países<sup>3</sup>. Atualmente a matéria está disciplinada nos artigos 621 a 631 do Código de Processo Penal (CPP) — Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941; nos artigos 550 a 562 do Código de Processo Penal Militar (CPPM) – Decreto-Lei n. 1.002, de 21 de outubro de 1969; e nas leis de Organização Judiciária e Regimentos Internos dos Tribunais que complementam as normas para o processo e julgamento das revisões (CPP, art. 628).

A opção do legislador brasileiro, no entanto, pode ser questionada, visto que ela abre margem para a impunidade, e pode gerar injustiças e colocar em xeque a segurança social. Menciona-se o exemplo do réu que, para ver-se livre da condenação pelo crime de homicídio, junta aos autos uma certidão de óbito falsa. Uma vez extinta a punibilidade<sup>4</sup> e passada em julgado a decisão, não há mais a possibilidade de continuar o processo pelo crime de homicídio, caso seja descoberto mais tarde que o réu está vivo. Negar a possibilidade da revisão criminal *pro societate* em situações como essa significa autorizar que o criminoso se valha da sua própria torpeza para obter vantagem indevida. Por outro lado, permitir a revisão das decisões absolutórias sustentadas em fraude, em hipóteses restritas e taxativamente previstas pelo legislador, seria um avanço considerável nesse sentido.

2 *Vide* seção 2.

3 *Vide* seção 4.

4 Código Penal, art. 107, I.



Para tanto, buscou-se neste estudo analisar a evolução histórica da revisão criminal no Brasil; examinar a origem e a posição da doutrina no que tange à teoria *pro societate*; pesquisar como a matéria é abordada em outros países; reunir argumentos no plano constitucional que autorizem a revisão *pro societate* para o modelo brasileiro; e, por fim, analisar as hipóteses de admissibilidade e a legitimidade do instituto, e o prazo em que ele seria regulamentado.

No que se refere à metodologia, empregou-se predominantemente o método dedutivo. Como técnica de pesquisa, utilizou-se fundamentalmente a bibliográfica. Além da doutrina especializada, fez-se uso de acórdãos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal com o propósito de visualizar de que forma a mais alta Corte nacional vem-se pronunciando sobre a questão. Além disso, foram investigados diversos diplomas legais, em especial as Constituições brasileiras (atual e anteriores), o Código de Processo Penal de Portugal e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

## 2 REVISÃO CRIMINAL NO BRASIL: NOTÍCIA HISTÓRICA E PERFIL CONSTITUCIONAL

A revisão criminal surgiu no Direito brasileiro após a Proclamação da República. No entanto, a Constituição do Império (art. 164, I)<sup>5</sup> e a Lei de 18 de setembro de 1828 (art. 6º) previam o “recurso de revista” das causas criminais e cíveis a serem julgadas pelo Supremo Tribunal de Justiça, em casos de manifesta nulidade ou notória injustiça nas sentenças proferidas em todos os juízos, em última instância.

Arruda (2003, p. 112), comentando os dispositivos mencionados, observa que “a fórmula empregada, pela amplitude que encerrava, não constituía empeco ao reexame de sentenças absolutórias”.

5 “Art. 164. A este Tribunal Compete:

I – Conceder, ou denegar Revistas nas Causas, e pela maneira, que a Lei determinar”.

O Código de Processo Criminal de 1832<sup>6</sup> e a reforma de 1841 (Lei n. 261, de 3 de dezembro de 1841) ratificaram o instituto da revista, porém com alterações substanciais (ARRUDA, 2003, p. 79).

Com a República, ainda no Governo Provisório, foi suprimido o recurso de revista e criada a “revisão criminal”, pelo Decreto n. 848, de 11 de outubro de 1890<sup>7</sup>, confirmada, no ano seguinte, pela Constituição Federal de 1891, que no artigo 81, *caput*, dispunha expressamente: “Os processos findos, em matéria crime, poderão ser revistos a qualquer tempo, em benefício dos condenados, pelo Supremo Tribunal Federal, para reformar ou confirmar a sentença”. Nota-se que a revisão, naquela Constituição, só albergava a modalidade *pro reo*.

A Constituição Federal de 1934 (art. 76, n. 3) manteve a orientação e acrescentou expressamente a possibilidade de utilização da revisão em benefício dos condenados, inclusive nos crimes militares e eleitorais<sup>8</sup>.

Por outro lado, a Constituição Federal de 1937 não tratou do instituto da revisão e retirou do Supremo Tribunal Federal a competência privativa para o processamento e julgamento das revisões (MARQUES, 2000, p. 390). Quatro anos depois, é decretado o vigente Código de Processo Penal, que passou a disciplinar a revisão criminal (artigos 621 a 631) e conferiu competência para outros tribunais do País para conhecê-la e julgá-la, além do Supremo Tribunal Federal.

6 Código de Processo Criminal/1832, “art. 306. Das decisões da relação poder-se-á recorrer, por meio de revista, para o tribunal competente”.

7 “Art. 9º. Compete ao Supremo Tribunal Federal:

[...]

III – proceder à revisão dos processos criminais em que houver sentença condenatória definitiva, qualquer que tenha sido o juiz ou tribunal julgador”.

8 “Art. 76 – A Corte Suprema compete:

[...]

3) rever, em benefício dos condenados, nos casos e pela forma que a lei determinar, os processos findos em matéria criminal, inclusive os militares e eleitorais, a requerimento do réu, do Ministério Público ou de qualquer pessoa”.

Com o advento da Constituição de 1946, que reeditou a orientação das duas primeiras Constituições da República, a revisão criminal recuperou seu *status* constitucional ao ser prevista nos artigos 101, IV<sup>9</sup>, e 104, III<sup>10</sup>.

A Constituição de 1967 manteve a revisão criminal (artigos 114, I, *m*<sup>11</sup>, e 117, I, *a*<sup>12</sup>), ratificada pela Emenda Constitucional n. 1, de 17-10-1969 (artigos 119, I, *m*<sup>13</sup>, e 122, I, *a*<sup>14</sup>); entretanto, pela primeira vez no histórico das Constituições brasileiras, foi suprimida a restrição de uso exclusivamente pelos condenados. Mazzilli (1985, p. 298), referindo-se à redação deste texto, defende não haver mais óbice constitucional para admitir-se a revisão criminal *pro societate*.

A revisão criminal está consagrada na CF/88, nos artigos 102, I, *j*<sup>15</sup>; 105, I, *e*<sup>16</sup>; 108, I, *b*<sup>17</sup>, e, embora não esteja presente na seção atinente aos

- 9 “Art. 101 – Ao Supremo Tribunal Federal compete:  
[...]  
IV – rever, em benefício dos condenados, as suas decisões criminais em processos findos”.
- 10 “Art. 104 – Compete ao Tribunal Federal de Recursos:  
[...]  
III – rever, em benefício dos condenados, as suas decisões criminais em processos findos”.
- 11 “Art. 114 – Compete ao Supremo Tribunal Federal:  
I – processar e julgar originariamente:  
[...]  
m) as revisões criminais e as ações rescisórias de seus julgados”.
- 12 “Art. 117 – Compete aos Tribunais Federais de Recursos:  
I – processar e julgar originariamente:  
a) as revisões criminais e as ações rescisórias de seus julgados”.
- 13 “Art. 119. Compete ao Supremo Tribunal Federal:  
I – processar e julgar originariamente:  
[...]  
m) as revisões criminais e as ações rescisórias de seus julgados”.
- 14 “Art. 122 – Compete ao Tribunal Federal de Recursos:  
I — processar e julgar originariamente:  
a) as revisões criminais e as ações rescisórias de seus julgados”.
- 15 “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:  
I — processar e julgar, originariamente:  
[...]  
j) a revisão criminal e a ação rescisória de seus julgados”.
- 16 “Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:  
I — processar e julgar, originariamente:  
[...]  
e) as revisões criminais e as ações rescisórias de seus julgados”.
- 17 “Art. 108. Compete aos Tribunais Regionais Federais:

direitos e garantias individuais, é, para Grinover, Gomes Filho e Fernandes (2005, p. 310), ação de natureza constitucional e direito fundamental do condenado. Mencionam-se, ainda, o princípio da ampla defesa (CF/88, art. 5º, LV), com os meios e recursos a ela inerentes, dentre os quais está, logicamente, a revisão criminal acolhida pelo CPP, e a indenização por erro judiciário (CF/88, art. 5º, LXXV), que pode ser reconhecida, em matéria penal, por meio da revisão (CPP, art. 630).

Ceroni (2005, p. 10) registra que, embora a CF/88 não o tenha disposto expressamente, é perfeitamente cabível nas Justiças Militar e Eleitoral a revisão criminal, por tratar-se de princípio constitucional que consagra implicitamente um direito individual.

Questão importante a ser mencionada é que a atual Constituição seguiu a mesma opção da anterior de retirar a expressão “em benefício dos condenados”, o que, em tese, autorizaria a revisão em favor da sociedade, com a dependência apenas de alteração na legislação ordinária<sup>18</sup>.

### 3 A REVISÃO DAS ABSOLVIÇÕES: A TEORIA *PRO SOCIETATE*

#### 3.1 Origem

Os primeiros casos de retomada da persecução penal após a sentença absolutória sobre que se tem conhecimento são da Grécia Antiga, mais precisamente da região de Esparta, onde o Senado julgava a maioria das causas criminais. Naquele sistema, o decreto condenatório só era proferido se presentes evidências certas e incontestáveis da responsabilidade do réu. Por outro lado, se surgissem novos elementos indicadores da culpa, era

I — processar e julgar, originariamente:  
[...]

b) as revisões criminais e as ações rescisórias de julgados seus ou dos juízes federais da região”.

18 Nesse sentido, Mazzilli (1985, p. 298) e Mirabete (2005, p. 731).

facultado reabrir o processo em desfavor do absolvido (ARRUDA, 2003, p. 83-84).

Na Roma Antiga havia um instrumento processual chamado *restitutio in integrum*, que consistia numa ordem do pretor para restituir ao estado anterior a relação jurídica juntamente com seus efeitos. Tal instituto era aplicado nas esferas cível e criminal e era independente da apelação. A *restitutio in integrum* é considerada o marco inicial da atual revisão criminal, mas há dúvidas se naquele tempo era utilizada em detrimento do réu (CERONI, 2005, p. 2-5).

Outra, no entanto, é a posição de Arruda (2003, p. 84-86), que, sem mencionar a *restitutio in integrum*, afirma existir no Império Romano revisão das absolvições, mencionando trecho do Digesto, passagens de outros autores e o caso de “Cornelia”, que, absolvida no primeiro julgamento pela acusação de incesto, foi, por ordem de Domiciano, submetida novamente a júízo e, condenada, acabou enterrada viva.

No período medieval, Arruda (2003, p. 87), apoiado nos estudos do publicista alemão Mittermaier, noticia a existência de uma fórmula denominada “*absolutio rebus sic stantibus*” ou “*absolutio ab instantia*”, que viabilizara a renovação da instância em desfavor do absolvido.

Já no século XIX, a revisão criminal *pro societate* foi introduzida originariamente nos Códigos da Áustria (1873) e da Alemanha (1877) (CERONI, 2005, p. 20).

### 3.2 Doutrina

Para Noronha (1972, p. 374), do ponto de vista da lógica, também deveria caber a revisão contra os interesses do acusado. Contudo, considera mais importante a segurança da coisa julgada, que não pode estar a todo

o momento sujeita a reexames. Ademais, diz que deve ponderar a paz e o sossego das pessoas que necessitam da segurança do julgado.

Marques (2000, p. 386), por sua vez, reconhece que em tese deveria haver revisão contra sentença absolutória, como defendem alguns autores e certas legislações a consagram. Contudo, ao final, posiciona-se no sentido de que:

melhor atende aos interesses do bem comum, a manutenção da sentença errada proferida em prol do réu, do que a instabilidade e insegurança a que iria ficar sujeito o réu absolvido, se o pronunciamento absolutório pudesse ser objeto de revisão.

Tourinho Filho (2003, p. 599) sustenta que a “revisão criminal *pro societate* repugna à nossa consciência jurídica”, enquanto Rangel (2004, p. 851) conclui afirmando que o legislador brasileiro adotou “o sistema restrito, de origem francesa, ou seja, admite revisão criminal somente a favor do condenado”. Oliveira (2006, p. 725) afirma simplesmente que a “ação de revisão criminal, como é óbvio, não é permitida à acusação”. E Grinover, Gomes Filho e Fernandes (2005, p. 311) definem o processo penal como um drama e um castigo, e, de acordo com eles, a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos a inviabiliza.

Dentre os maiores defensores da tese *pro societate*, está o positivista Ferri (2006, p. 245):

Pelo que a revisão dos juízos favoráveis aos acusados é para nós um correlativo lógico e necessário do remédio semelhante concedido aos processados condenados. Não podemos compreender porque quando se levantam suspeitas contra uma sentença favorável ao acusado, análogas as que conduzem a revisar as sentenças de condenação, a sociedade deve estar obrigada a sofrer tranquilamente as absolvições não merecidas e as suavidades pouco justas da responsabilidade penal. [...] Pode ser que tenha sido absolto porque a acusação, que não tem o dom da onisciência e que não pode servir-se de outros elementos que os subministrados pela instrução, não tenha conhecido no momento do juízo

um documento decisivo. Um processado injustamente absolto pode, ante os mesmos jurados ou ante os magistrados que lhe tem julgado em apelação, declarar cinicamente sem temor de ser pelo mesmo molestado.

Mazzilli (1985, p. 297-298) advoga que o desejável é um sistema harmônico, em que os interesses da justiça e os da segurança, os do réu como os da sociedade sejam adequadamente tutelados. E mais adiante finaliza: “solução mais interessante nos parece a do legislador português, que acolheu com largueza a revisão em favor do réu e com extrema parcimônia aquela contra o réu”. Este autor ainda chama a atenção sobre a possibilidade de terceiros sofrerem prejuízos por conta de uma absolvição injusta, já que ficam impedidos de buscar seus direitos na esfera cível (CPP, artigos 65 e 66).

Mirabete (2005, p. 731) defende que, “Sob um ponto de vista de lógica, a provocação dos tribunais depois de transitar em julgado a sentença deveria caber também ao Estado quando se verificasse a injustiça da decisão que favoreceu o réu, como ocorre em várias legislações”.

Ceroni (2005, p. 26) põe em evidência a revisão *pro societate*:

Desta forma, respeitando inúmeras opiniões em contrário, somos favoráveis ao cabimento da revisão criminal *pro societate*, em casos excepcionais, em homenagem à aplicação da verdadeira e necessária justiça, em prol do bem comum e em detrimento do interesse individual do réu, máxime quando não é merecedor do direito à liberdade.

Arruda (2003, p. 156) afirma que vedar a revisão *pro societate* significa

a consagração ao individualismo do réu absolvido e o olvido dos interesses dos demais membros da comunhão. É o pseudo direito do delinqüente sendo mais respeitado do que o verdadeiro direito dos demais membros da sociedade. É a concepção da “segurança” do injusto.

Como resultado dos argumentos apresentados, pode-se sintetizar que aqueles que defendem que só é cabível a revisão de decisões condenatórias firmam sua posição no sentido de preservar a garantia da coisa julgada, que não pode estar a todo o momento sujeita a reexame, salvo quando em jogo o direito de liberdade. Além disso, em nome da paz e da segurança jurídica das pessoas, não é conveniente que o absolvido permaneça a todo momento exposto à renovação do processo.

Entretanto, os que advogam ser imperiosa a revisão das absolvições, em suma, levam em conta a exata aplicação da lei e a reparação do erro judiciário, em nome da justiça e dos interesses da sociedade. Afinal, não é objetivo do processo penal permitir a impunidade.

Entende-se que ambas as correntes têm sua razão e que os direitos por elas tutelados não devem se excluir, mas na medida do possível ser adequados. Defende-se que em situações restritas, prévia e taxativamente previstas em lei, deve-se permitir a revisão *pro societate*, que estaria limitada por um prazo decadencial que teria o propósito de não tornar eternamente indefinida a situação do absolvido.

#### 4 REVISÃO CRIMINAL *PRO SOCIETATE*: DIREITO COMPARADO

A revisão criminal *pro societate* é albergada pelas legislações de diversos países. Tourinho Filho (2003, p. 596), apoiado na pesquisa de Jorge A. Romeiro, destaca os seguintes diplomas legais em que a revisão em detrimento do réu é encontrada:

nos Códigos de Processo Penal *alemão*, atualizado em 1º-5-1960 para a *Alemanha Ocidental*, § 362; *norueguês*, de 1º-7-1887, § 415; Lei Federal de Processo Penal *suiça*, de 15-6-1934, art. 229 (salvo os Cantões de Nidwald Valais, Vaud e Genève); Lei Processual *sueca*, de 18-7-1942, posta em vigor em 1º-1-1948, cap. 58, § 3º; Códigos de Processo Penal *húngaro*, de 1951, alterado em 1954 e 1957, §§ 213 e 214; *alemão para a zona de Leste*, § 317; *iugoslavo*, posto em vigor a 1º-1-1954, § 379; *tchecoslovaco*,



de 19-12-1956, que vigorou até 1961; *austriaco*, de 20-4-1960, § 355; *russo*, de 27-10-1960, arts. 373 e 380 (grifo nosso).

Arruda (2003, p. 52-53 e 58) ainda acrescenta o Código de Processo Penal da *Colômbia*, de 24 de julho de 2000, artigo 220, e o do *Equador*, de 1938, artigo 330.

Em Portugal a revisão criminal está disciplinada nos artigos 449º a 466º do seu CPP, aprovado pelo Decreto-Lei n. 78/87 e alterações posteriores, que acolhe as modalidades *pro reo* e *pro societate*:

#### Artigo 449º

##### Fundamentos e admissibilidade da revisão

1 — A revisão de sentença transitada em julgado é admissível quando:

- a) Uma outra sentença transitada em julgado tiver considerado falsos meios de prova que tenham sido determinantes para a decisão;
- b) Uma outra sentença transitada em julgado tiver dado como provado crime cometido por juiz ou jurado e relacionado com o exercício da sua função no processo;
- c) Os factos que servirem de fundamento à condenação forem inconciliáveis com os dados como provados noutra sentença e da oposição resultarem graves dúvidas sobre a justiça da condenação;
- d) Se descobrirem novos factos ou meios de prova que, de per si ou combinados com os que foram apreciados no processo, suscitem graves dúvidas sobre a justiça da condenação.

Nota-se que a revisão *pro societate* está autorizada nas hipóteses das alíneas “a” e “b”, ou seja, quando a falsidade do conjunto probatório ou o crime praticado por quem é encarregado de julgar relacionado com o exercício da sua função no processo for reconhecido por outra sentença com trânsito em julgado.

Na Itália a legislação processual penal não prevê diretamente a revisão *pro societate*, porém o artigo 69 do vigente CPP admite ação penal, contra a mesma pessoa e pelo mesmo fato, quando, depois da decisão extintiva de punibilidade, constatar-se a falsidade da certidão de óbito (ARRUDA, 2003, p. 111). Os italianos adotam a técnica de considerar, nesses casos, a coisa julgada inexistente (CERONI, 2005, p. 21). O caso mencionado é, sim, uma hipótese de revisão *pro societate*, embora os italianos, mediante um esforço interpretativo e se utilizando de outra técnica processual, não a reconheçam expressamente.

Arruda (2003, p. 105-112) ainda aponta, a título ilustrativo, alguns países onde a revisão das absolvições não é agasalhada, e onde existem tendências na doutrina a favor da tese *pro societate*, como na Argentina, com Alcala-Zamora; na Espanha, com Carlos Viada, Pedro Aragoneses e José Garcia; na França, com Robert Vouin e Jacques Léauté; e na Itália, com Borsani, Casorati, Cristiani e Agostino Berenini.

Desse modo, pode-se observar que a teoria *pro societate* está presente no ordenamento jurídico de vários países e é defendida por diversos juristas de diferentes partes do mundo, o que comprova, mais uma vez, a importância do instituto.

## 5 CONSTITUCIONALIDADE DA TEORIA *PRO SOCIETATE*

Analisados os argumentos favoráveis e contrários à revisão criminal das absolvições, bem como o tratamento conferido à matéria pelo Direito de alguns países, cumpre, agora, examinar a compatibilidade da teoria *pro societate* em face do Direito Constitucional para verificar se o ordenamento jurídico brasileiro a comporta.

## 5.1 Princípios relacionados ao tema

Com o estudo dos princípios jurídicos é possível conhecer o núcleo de um determinado sistema. Para Gasparini (2005, p. 6), “princípios constituem um conjunto de proposições que alicerçam ou embasam um sistema e lhes garantem a validade”. Têm pertinência com o tema os princípios constitucionais da igualdade, coisa julgada, inadmissibilidade de provas obtidas por meios ilícitos e proporcionalidade, que serão adiante abordados.

### 5.1.1 Igualdade

Do artigo 5º, *caput*, da CF/88 emana o princípio da igualdade: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”.

Transpondo a idéia de igualdade para o processo, Fernandes (2002, p. 46) concebe dois sentidos:

- 1.<sup>a</sup>) exigência de mesmo tratamento aos que se encontrem na mesma posição jurídica no processo [...];
- 2.<sup>a</sup>) a igualdade de armas no processo para as partes, ou *par condicio*, na exigência de que se assegure às partes equilíbrios de forças; no processo penal, igualdade entre Ministério Público e acusado.

Assim, no processo penal, acusação e defesa devem ter os mesmos direitos, ônus e deveres. Eis a garantia da *paridade de armas* que materializa no processo a igualdade constitucional.

No entanto, em algumas situações, a igualdade é colocada temporariamente em segundo plano para garantir outros direitos de mesma importância. No inquérito policial, por exemplo, justifica-se uma certa desigualdade a favor do Estado a fim de melhor colher as provas a respeito

do fato criminoso. Em outras circunstâncias, o réu terá mais garantias que o Ministério Público (como no caso do artigo 609, parágrafo único, do CPP, em que só o réu pode interpor embargos infringentes e de nulidade), já que o órgão oficial conta com todo o aparelho estatal montado para ampará-lo, ao passo que o acusado só tem as suas próprias forças e o auxílio do advogado (FERNANDES, 2002, p. 50).

Se por um lado o que autoriza o condenado a lançar mão da revisão criminal é, em suma, o erro judiciário, também o Ministério Público deve, por força do princípio da igualdade, ter a mesma faculdade nos casos de erro judiciário que implica em absolvição injusta. É verdade que, na maioria das vezes, o réu está em posição de desvantagem em relação à acusação; contudo, a legislação não pode premiar o réu proibindo a revisão criminal em seu detrimento nos casos em que ele não merece a absolvição, age com má-fé ou com deslealdade processual.

Dessa forma, tendo em vista a igualdade constitucional, deve-se permitir, em situações restritas e dentro de prazo determinado, que o Ministério Público, assim como o réu buscando sua liberdade, possa manejar a revisão *pro societate* em favor dos interesses da justiça.

### 5.1.2 Relatividade da coisa julgada

O instituto da coisa julgada goza de *status* constitucional (CF/88, art. 5º, XXXVI) e tem por fim garantir, depois de esgotados os recursos, imutabilidade aos julgados e, por conseguinte, segurança jurídica.

Entretanto, em situações excepcionais, o ordenamento jurídico permite desconstituir a coisa julgada por meio da revisão criminal ou da ação rescisória. “Isto ocorre quando a sentença se reveste de vícios extremamente graves, que aconselham a prevalência do valor ‘justiça’ sobre o valor ‘certeza’” (GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, 2005, p. 309).

Se no cível, em que o que está em jogo são basicamente interesses patrimoniais, admite-se rescindir a sentença passada em julgado, com não menos razão se deve permiti-lo na esfera criminal, em nome da justiça e da segurança social. Portanto, se no cível é possível rescindir sentença dada por juiz corrupto (CPC, art. 485, I), não é lógico vedar a revisão *pro societate* em situação idêntica.

Com efeito, destaca Arruda (2003, p. 133) que o Judiciário ao reconhecer suas próprias falhas e tentar repará-las deixa à mostra sua lisura e aumenta sua credibilidade perante a opinião pública.

### 5.1.3 Inadmissibilidade de provas obtidas por meios ilícitos

Assegura o artigo 5º, LVI, da CF/88: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. Entende-se por “meios ilícitos” aqueles em que a prova é produzida em desacordo com as normas de direito material (provas obtidas mediante tortura, escuta telefônica não autorizada etc.).

Moraes (2001, p. 123-124), ao comentar esse dispositivo, cita trecho do voto proferido pelo Ministro Celso de Mello no julgamento da AP n. 307-3-DE, que se transcreve parcialmente:

A prova ilícita é prova inidônea. Mais do que isso, prova ilícita é prova imprestável. Não se reveste, por essa explícita razão, de qualquer aptidão jurídico-material. Prova ilícita, sendo providência instrutória eivada de inconstitucionalidade, apresenta-se destituída de qualquer grau, *por mínimo que seja*, de eficácia jurídica.

Ora, se a CF/88 não aceita provas verdadeiras colhidas de forma irregular, também, com maior razão, não deve permitir provas falsas produzidas ilicitamente. Assim sendo, documentos que não atestam a verdade e perícias enganosas juntadas aos autos com o propósito de absolver o réu não podem, por expressa vedação constitucional, ser aceita no processo

penal. Dessa forma, se o decreto absolutório for fundado em provas ilícitas e se a descoberta da fraude acontecer somente após o trânsito em julgado, parece justificável autorizar a revisão criminal *pro societate*, visto que a Constituição repugna esse tipo de instrução processual.

#### 5.1.4 Proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade pode ser traduzido, em poucas palavras, *como a busca pela justa solução entre os interesses em conflito*. Embora não esteja explícito no texto da CF/88, é amplamente aceito pela doutrina<sup>19</sup> como princípio constitucional.

Com a absolvição de um culpado em decisão irrecorrível, surge o conflito entre o princípio da justiça, consagrado no preâmbulo da CF/88 e um dos valores supremos do Estado Democrático de Direito, e o da coisa julgada, que tutela a segurança das relações jurídicas. Nessa situação, os princípios encontram-se em confronto e não há possibilidade de compatibilizá-los. Aqui, o único caminho é pesá-los; ao final, um deles deve ceder.

Em algumas situações (como no caso em que se absolve o homicida com base em falso passamento e, tempos depois, descobre-se que está vivo) o sentimento de justiça, ou simplesmente o que a sociedade entende como certo ou errado, grita mais alto do que a garantia da imutabilidade da decisão. Nesses casos, privilegiar a coisa julgada em detrimento da justiça significa celebrar a impunidade, a vitória do criminoso, a falência do Judiciário. Melhor solução é estabelecer na legislação ordinária hipóteses restritas em que se possa romper a coisa julgada nos casos de absolvições injustas.

19 *Vide os comentários de Fernandes (2002, p. 52-53).*

## 5.2 Convenção Americana sobre Direitos Humanos

Questão relevante a ser tratada é a que diz respeito à (in)viabilidade da revisão criminal *pro societate* para o sistema brasileiro em face do disposto no artigo 8.4 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 22 de novembro de 1969 – Pacto de São José da Costa Rica –, da qual o Brasil é signatário<sup>20</sup>, que proclama: “O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos”. Ademais, a referida norma internacional foi elevada no Brasil a nível constitucional, por força do artigo 5º, § 2º, da CF/88<sup>21</sup>.

Tal norma está relacionada com o princípio *ne bis in idem* (não duas vezes pelo mesmo fato), comumente utilizado para rechaçar a revisão *pro societate*. Nesse raciocínio, reiniciar o processo sobre o qual já foi proferida sentença absolutória caracterizaria um abuso da acusação.

Para melhor compreensão do tema, é oportuno tecer algumas considerações sobre a natureza jurídica da revisão criminal.

Embora situada no Título II do Livro III do CPP (referente aos recursos), a revisão criminal é considerada pela doutrina amplamente majoritária uma ação autônoma<sup>22</sup>. Sobre o assunto, vale transcrever Pontes de Miranda (2003, p. 189-190):

O que caracteriza o recurso é ser impugnativa dentro da mesma relação jurídica processual em que ocorreu a decisão judicial que se impugna. A ação rescisória e a revisão criminal não são recursos; são ações contra sentenças, portanto – remédios jurídicos processuais com que se instaura outra relação jurídica processual. A impugnativa, em vez de ser dentro, como a reclamação do soldado contra o cabo, é por fora, como o ataque da outra

20 Foi promulgada para o Direito brasileiro pelo Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992.

21 CF/88, art. 5º, § 2º: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

22 Marques (2000, p. 383), Tourinho Filho (2003, p. 599), Grinover, Gomes Filho e Fernandes (2005, p. 311), Ceroni (2005, p. 19), Rangel (2004, p. 845-846), entre outros, classificam-na como ação. Noronha (1972, p. 373), diferentemente, a considera um recurso misto, *sui generis*, de natureza toda peculiar.

unidade àquela de que faz parte o cabo. O soldado foi pedir a atuação alienígena. É erro dizer-se que a ação rescisória ou revisão criminal é recurso, como falar-se de reabertura extraordinária da lide trancada pela força do caso julgado. A ação rescisória vai, exatamente, contra a eficácia formal da coisa julgada: quebrada essa muralha de eficácia formal, já está o processado, a relação jurídica processual, que a preclusão fechara e fizera cessar; exsurge, não se reabre; o juízo rescisório não é reinstalado, mas volta à vida, ressurreição. Não se reconstrói a casa, que se fechara; abre-se a porta (= destrói-se a sentença) e reocupa-se a casa.

A revisão criminal é, portanto, *ação de conhecimento de natureza constitutiva negativa, que tem por fim impugnar a sentença penal transitada em julgado*. É, semelhante à ação rescisória, o “julgamento do julgamento” (MIRANDA, 2003, p. 92). Nota-se que, como destacado no trecho acima transcrito, com o ajuizamento da revisão criminal instaura-se nova relação jurídico-processual distinta do processo cuja decisão se pretende desconstituir.

Nessa linha de raciocínio, entende-se não haver incompatibilidade do instituto da revisão *pro societate* com o texto do artigo 8.4 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, já que a ação penal tem por fim condenar o réu, enquanto a revisão visa a atacar uma decisão irrecorrível. São, claramente, instrumentos processuais distintos.

Por outro lado, se julgada procedente a revisão contra o réu, ele não será submetido a um novo processo, mas, sim, ao mesmo processo! Ora, rompido o manto da coisa julgada, que protegia a sentença fundada em grave vício, o processo, na expressão de Miranda (2003, p. 190), “exsurge”, “volta à vida”, “ressurreição”.

Além disso, falar em abuso da acusação não parece correto, visto que a revisão *pro societate*, como o próprio nome indica, não é para acusação, mas para a sociedade. Outrossim, como assinalado por Ferri (2006, p. 245), a acusação não detém o “dom da onisciência”, e não raramente a instrução é



precária e não permite ao órgão acusador conhecer em detalhes a realidade dos fatos ou as fraudes produzidas ao longo do processo. Nessas situações, não é lógico vedar a possibilidade de revisão em desfavor do absolvido.

Desse modo, entende-se que o alcance do dispositivo mencionado do Pacto de São José da Costa Rica é no sentido de proibir que o acusado seja novamente denunciado pelos mesmos fatos, e não de rechaçar a revisão criminal *pro societate*, que se insurge contra sentença absolutória revestida de fraudes ou outras graves irregularidades.

### 5.3 Supremo Tribunal Federal

O Supremo Tribunal Federal (STF) não reconhece expressamente a revisão criminal *pro societate*; no entanto, em pelo menos três ocasiões, determinou a retomada da persecução penal na hipótese de extinção de punibilidade com base em certidão de óbito falsa.

No julgamento do *Habeas Corpus* n. 55.901, a Primeira Turma do STF considerou que a decisão absolutória não produz nenhum efeito, visto que constituída em fato juridicamente inexistente:

*HABEAS CORPUS* — PROCESSO-CRIME. 1. REVOGAÇÃO DE DESPACHO QUE JULGOU EXTINTA A PUNIBILIDADE DO RÉU, A VISTA DE ATESTADO DE ÓBITO BASEADO EM REGISTRO COMPROVADAMENTE FALSO: SUA ADMISSIBILIDADE, VEZ QUE REFERIDO DESPACHO, ALÉM DE NÃO FAZER COISA JULGADA EM SENTIDO ESTRITO, FUNDOU-SE EXCLUSIVAMENTE EM FATO JURIDICAMENTE INEXISTENTE, NÃO PRODUZINDO QUAISQUER EFEITOS.

Da mesma forma, no *HC* n. 60.095, o STF revogou a decisão absolutória declarando não haver ofensa à coisa julgada, uma vez que o agente não está morto:

*HABEAS CORPUS*. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. MORTE DO AGENTE. EQUÍVOCO DA DECISÃO — O

DESFAZIMENTO DA DECISÃO QUE, ADMITINDO POR EQUÍVOCO A MORTE DO AGENTE, DECLAROU EXTINTA A PUNIBILIDADE, NÃO CONSTITUI OFENSA A COISA JULGADA. *HABEAS CORPUS* INDEFERIDO.

Igualmente, no acórdão lavrado pelo Ministro Carlos Velloso no *HC* n. 84.525, a Segunda Turma do STF decidiu por unanimidade desarquivar a ação penal em virtude da extinção da punibilidade equivocadamente determinada pela certidão de óbito falsa, já que a absolvição não gerou coisa julgada em sentido estrito:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE AMPARADA EM CERTIDÃO DE ÓBITO FALSA. DECRETO QUE DETERMINA O DESARQUIVAMENTO DA AÇÃO PENAL. INOCORRÊNCIA DE REVISÃO *PRO SOCIETATE* E DE OFENSA À COISA JULGADA. FUNDAMENTAÇÃO. ART. 93, IX, DA CF. I. — A decisão que, com base em certidão de óbito falsa, julga extinta a punibilidade do réu pode ser revogada, dado que não gera coisa julgada em sentido estrito. II. — Nos colegiados, os votos que acompanham o posicionamento do relator, sem ter novas considerações, entendem-se terem adotado a mesma fundamentação. III. — Acórdão devidamente fundamentado. IV. — *H.C.* indeferido.

Embora não se tenha reconhecido nas ementas citadas uma forma de revisão criminal *pro societate*, não se pode negar que houve supressão dos efeitos da coisa julgada em prejuízo do absolvido e em prol da justiça, ou seja, atingiu-se o mesmo resultado. A argumentação jurídica utilizada não desfigura o instituto.

## 6 PARÂMETROS NORMATIVOS

Desenvolvida a fundamentação teórica que justifica a aplicação da revisão criminal *pro societate* para o Direito brasileiro, resta estabelecer os critérios a serem adotados pelo legislador para regulamentá-la.

Em primeiro lugar, não se deve perder de vista que o reexame dos julgados absolutórios deve ser admitido em casos estreitos e que sejam insusceptíveis de ampliação pela via hermenêutica.

Propõe-se, neste estudo, a análise da admissibilidade, da legitimidade para o pólo ativo da ação, e do prazo decadencial.

## 6.1 Admissibilidade

De acordo com a pesquisa desenvolvida por Arruda (2003, p. 147), a revisão criminal *pro societate*, nos países onde é aceita, pode ser utilizada quando: a) a sentença houver sido determinada por acervo probatório espúrio; b) a sentença houver sido proferida por juiz corrupto ou artífice de qualquer crime conexo ao processo; c) o réu, mesmo fora do processo, houver firmado confissão idônea; e d) reconhecido passamento falso.

Mazzilli (1985, p. 298) aponta ser a revisão cabível quando surgir prova nova do fato — exceto a testemunhal, por suas notórias deficiências —, ficar evidenciado que a prova em que se fundou a absolvição é falsa, ou a sentença absolutória resultar de casos de suspeição, suborno, corrupção ou prevaricação do julgador.

Para Hamilton (2007, p. 13), a sentença absolutória poderia ser revista apenas quando de forma inequívoca estivesse baseada em prova falsa. Ele chega a sugerir a seguinte alteração para o CPP: “art. 621 (*omissis*) II – quando a sentença, absolutória ou condenatória, se fundar em prova falsa”.

O CPP português admite a revisão criminal *pro societate* se a decisão foi determinada por falsos meios de prova ou for provado que juiz ou jurado cometeram crime relacionado com o exercício da sua função no processo (art. 449º, 1, “a” e “b”).

Como já mencionado, há precedentes do Supremo Tribunal Federal que desconsideram a coisa julgada para autorizar a retomada da persecução penal quando a decisão extintiva de punibilidade, com efeitos de absolutoria, for baseada em certidão de óbito falsa.

Naturalmente, em respeito ao princípio de que nenhuma pena pode passar da pessoa do condenado (CF/88, art. 5º, XLV), não se pode aceitar a revisão criminal *pro societate* se o absolvido já estiver morto.

Por último, é necessário definir se há possibilidade de ajuizamento da revisão criminal *pro societate* mais de uma vez. Arruda (2003, p. 148) cita o exemplo da Sérvia, onde “é defeso o reexame se, pelo mesmo fato, tenha o acusado sido absolvido duas vezes”. Entretanto, acredita-se não ser essa a melhor opção. Miranda (2003, p. 145), ao tratar da ação rescisória, ensina que “há tantas pretensões a rescindir quantas são as causas”. Na mesma linha, defende-se ser mais lógico autorizar a revisão criminal *pro societate* mais de uma vez, com relação à mesma sentença, desde que por motivos diversos. A razão para tanto se encontra no fato de que após o julgamento da primeira revisão pode surgir algum outro elemento, antes desconhecido, que autorize a desconstituição da coisa julgada. Isso não significa, no entanto, que o absolvido esteja eternamente sujeito à persecução penal, visto que haveria um prazo previamente estabelecido para o manejo da ação revisional.

## 6.2 Legitimidade

É possível, em tese, atribuir legitimidade para o ajuizamento da revisão criminal *pro societate* ao: a) Ministério Público; b) assistente de acusação; e c) ofendido ou a quem tenha qualidade para representá-lo (nos casos de ação penal privada).

O CPP português confere legitimidade, nos casos de sentença absolutória, ao Ministério Público e ao assistente de acusação (art. 450º, 1, “a” e “b”).

Para evitar que eventuais interesses particulares reprováveis (vingança, extorsão etc.) coloquem em risco a segurança jurídica e o *status libertatis* do réu absolvido, sem fundada justificativa, defende-se que deveria ser conferida legitimidade apenas ao Ministério Público, órgão titular da ação penal pública (CF/88, art. 129, I).

Nesse caso, a revisão criminal *pro societate* não seria admitida nas ações penais privadas, mas qualquer cidadão teria o direito de oferecer representação ao *Parquet*.

### 6.3 Prazo

No tocante ao prazo decadencial para o ajuizamento da revisão criminal *pro societate*, podem-se estabelecer pelo menos quatro critérios: a) sem limite de prazo; b) prazo de prescrição do crime; c) prazo determinado contado do trânsito em julgado da decisão; e d) prazo determinado contado da descoberta de novos fatos.

Na primeira hipótese, o direito de requerer a revisão não decairia. Nesse aspecto, não haveria empecilhos de manejar a revisão um dia após o trânsito em julgado da sentença ou dez anos depois de prescrita a pena. O fundamento para tanto, como já foi desenvolvido, encontra-se no erro judiciário. É a opção adotada pelo CPP de Portugal (art. 449º, 4).

Outra possibilidade seria determinar o prazo revisional de acordo com a prescrição do crime, obedecidos os parâmetros elencados no Código Penal. Consoante Arruda (2003, p. 148), essa é a forma adotada pelos sistemas que aceitam a revisão criminal *pro societate*. É também a opinião defendida por Ceroni (2005, p. 27).

A terceira situação consistiria em definir um prazo que teria como termo inicial a data em que a decisão absolutória se tornou irrecurável. É o critério adotado pelo Código de Processo Civil para a ação rescisória, cujo prazo para proposição extingue-se em dois anos (CPC, art. 495). Essa é a posição de Mazzilli (1985, p. 298), que sugere o mesmo prazo. A principal vantagem do critério é a objetividade e a segurança, ou seja, o réu absolvido saberia previamente o prazo a que estaria sujeito a ser demandado pela revisão criminal.

Por fim, a última opção seria fixar um prazo que teria início com a descoberta de fatos novos, como, por exemplo, o dia em que se tivesse conhecimento de que o absolvido que teve a punibilidade extinta pela morte atestada por certidão de óbito na verdade estava vivo. Esse é o modelo utilizado na legislação de países como Rússia (que estabelece um ano) e Iugoslávia (seis meses) (ARRUDA, 2003, p. 148). O problema desse critério é a insegurança que gera, uma vez que a qualquer momento pode surgir algum fato novo que autorize reiniciar o processo em desfavor do absolvido.

Acredita-se que o melhor critério para estabelecer o prazo revisional a favor da sociedade é o vinculado com a prescrição do crime, visto que não parece justo que o acusado de homicídio qualificado (Código Penal, art. 121, § 2º) tenha o mesmo prazo revisional que o acusado por falsificação de documento público (Código Penal, art. 297, *caput*). Por outro lado, carece de sentido autorizar a revisão criminal *pro societate* após a prescrição do crime (primeiro critério), já que não existe mais sequer o *jus puniendi*.

## 7 CONCLUSÃO

Em face da pesquisa realizada, pode-se concluir que:

a) A atividade jurisdicional, em virtude da falibilidade humana, está constantemente sujeita a equívocos. Nesse universo, em se tratando de erros

cometidos em decisões de processos criminais não suscetíveis de recursos, a revisão criminal (*pro reo e pro societate*) se apresenta como instrumento processual idôneo para viabilizar a correção de tais desacertos.

b) A revisão criminal surgiu no Brasil por meio do Decreto n. 848, de 11 de outubro de 1890, e nunca foi adotada a modalidade *pro societate*. A CF/88, na mesma direção da Constituição anterior, suprimiu a restrição de uso da revisão exclusivamente pelos condenados. Não há empecilho constitucional, portanto, à adoção da revisão em detrimento dos absolvidos; é preciso apenas alteração na legislação ordinária.

c) Os principais argumentos defendidos por aqueles que entendem ser cabível apenas a revisão das decisões condenatórias são para preservar a coisa julgada, a paz e a segurança jurídica dos absolvidos. Do outro lado, os que advogam a tese da revisão das absolvições sustentam, em suma, a exata aplicação da lei e a reparação do erro judiciário. Razão assiste às duas correntes, e o ideal é buscar uma fórmula que pondere os direitos por ambas tutelados.

d) A revisão em desfavor dos absolvidos é albergada pelas legislações da Alemanha, Áustria, Colômbia, Equador, Hungria, Noruega, Portugal, Rússia, Suécia e Suíça (algumas regiões), além de ser defendida por diversos juristas de diferentes partes do mundo.

e) O instituto da revisão criminal *pro societate* é constitucional e encontra amparo nos princípios da igualdade, relatividade da coisa julgada, inadmissibilidade de provas obtidas por meios ilícitos e proporcionalidade.

f) O dispositivo 8.4 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos não tem o alcance de inviabilizar a revisão *pro societate* que se insurge contra sentença absolutória revestida de graves vícios.

g) O Supremo Tribunal Federal, em pelo menos três ocasiões, determinou a retomada da persecução penal nos casos de extinção de puni-

bilidade firmados em certidão de óbito falsa, com os mesmos efeitos da revisão *pro societate*, embora não a reconheça expressamente.

h) Entende-se que se deve admitir a revisão das absolvições em casos estreitos, em que se imponha por motivos salutareos a reparação do erro judiciário e que sejam insusceptíveis de ampliação pela via hermenêutica. Naturalmente, não se pode admitir a revisão *pro societate* se o absolvido já estiver morto, em homenagem ao princípio de que nenhuma pena pode passar da pessoa do condenado.

i) Dever-se-ia conferir legitimidade para o ajuizamento da revisão criminal *pro societate* somente ao Ministério Público, e qualquer cidadão teria o direito de oferecer representação ao *Parquet*. O ajuizamento da revisão *pro societate* estaria sujeito ao prazo de prescrição do crime.



## 8 REFERÊNCIAS

ARRUDA, Élcio. *Revisão criminal (pro societate)*. São Paulo: Mundo Jurídico, 2003.

CERONI, Carlos Roberto Barros. *Revisão criminal: características, conseqüências e abrangência*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRI, Enrico. *Sociologia criminal*. Tradução de Soneli Maria Melloni Farina. Sorocaba: Minelli, 2006.

GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrine; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *Recursos no processo penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamação aos tribunais*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

HAMILTON, Sérgio Demoro. *A reforma do processo penal*. Disponível em: <[http://www.femperj.org.br/artigos/popup.php?p.agina=artigos\\_a\\_refroma\\_do\\_processo\\_penal.php](http://www.femperj.org.br/artigos/popup.php?p.agina=artigos_a_refroma_do_processo_penal.php)>. Acesso em: 17 set. 2007.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Revisto e atualizado por Eduardo Reale Ferrari. 2. ed. Campinas: Millennium, 2000. v. 4.

MAZZILLI, Hugo Nigro. Revisão “pro societate”. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 74, v. 594, p. 296-298, 1985.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. Revisto e atualizado por Renato N. Fabbrini. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado da ação rescisória*. Atualizado por Wilson Rodrigues Alves. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2003.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

NORONHA, Edgard Magalhães. *Curso de direito processual penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1972.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 4.

## **AGRAVO DE INSTRUMENTO – DOCUMENTOS OBRIGATÓRIOS E FACULTATIVOS: CONSIDERAÇÕES TÓPICAS SOBRE OS INCISOS I E II DO ARTIGO 525 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

Jaime Luiz Vicari\*  
Carolina Gabriela Fogaça Vicari\*\*

A Lei n. 9.139, de 30 de novembro de 1995, e a Lei n. 11.187, de 19 de outubro de 2005, esta em vigência a contar de 18 de janeiro de 2006, deram novo formato ao recurso de agravo de instrumento, assemelhando-o, de certa maneira, ao mandado de segurança, uma vez que passou a ser interposto diretamente ao grau superior e não à autoridade judiciária que dirige o processo, no primeiro grau. Essa foi a resposta concebida pelo legislador para fazer frente à verdadeira avalanche dos provimentos de antecipação de tutela postulados e deferidos em primeiro grau, decorrentes, a sua vez, da inegável civilização de urgência em que vivemos.

Cabe agravo contra a decisão interlocutória proferida pelo juiz de primeiro grau, ou seja, contra o provimento que não implica, como quer a Lei n. 11.232, de 21 de dezembro de 2005, em vigor a contar de 23 de junho de 2006, em alguma das situações previstas nos artigos 267 e 269 do Código de Processo Civil.

Embora o Código de Processo Civil preveja mais dois tipos de agravo, aquele do § 1º do artigo 557 e o contido no artigo 544, examinar-se-á nestas breves linhas unicamente ponto específico de espécie determinada de agravo, interposto contra despacho proferido pelo juiz de primeiro grau.

\* Magistrado; mestre em Ciências Jurídicas; sócio efetivo do Instituto Brasileiro de Direito Processual; palestrante; professor de Direito Processual Civil.

\*\* Advogada; pós-graduanda em Direito Notarial e Registral pela Universidade do Sul de Santa Catarina (Unisul).

Basicamente, esse recurso pode ser interposto sob três modalidades: retido, em audiência e por instrumento. O primeiro é dirigido ao magistrado, que procura obter juízo de retratação, mas é juntado e integrado aos autos do processo originário para eventual apreciação preliminar por ocasião de apelação.

O agravo deduzido oralmente em audiência destina-se a evitar a ocorrência da preclusão, e é interposto contra as decisões ali tomadas pelo magistrado. Assemelha-se em muito ao formato do anterior, ficando igualmente retido nos autos para apreciação, também como preliminar de eventual apelação.

Finalmente, o *tertius gens*, o agravo de instrumento ou por instrumento é dirigido diretamente ao Tribunal, com distribuição incontinenti ao relator, como quer o novo *caput* do artigo 527 do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei n. 10.352, de 26 de dezembro de 2001, o que lhe empresta uma feição muito aproximada ao mandado de segurança. É o que alguns doutrinadores denominam, com alguma dose de humor, de *agravo de segurança*.

Recorde-se que, de resto, uma segunda razão freqüentemente invocada como inspiradora das feições do atual agravo de instrumento foi mesmo o uso atípico e reiterado do *writ* como sucedâneo recursal.

O objetivo destas breves considerações é analisar apenas um aspecto, uma faceta julgada relevante do agravo na forma instrumental, mais precisamente o exame dos documentos que devem instruí-lo.

Como de geral sabença, os requisitos de admissibilidade do agravo na forma instrumental não destoam dos demais recursos: recorribilidade da decisão, cabimento, tempestividade, regularidade formal, preparo, legitimidade, interesse e inexistência de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do interesse recursal.

A particularidade a que há pouco aludimos, a instrução documental do agravo, diz respeito ao requisito da regularidade formal.

O tema é disciplinado pelo artigo 525 do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei n. 9.139, de 30 de novembro de 1995, *verbis*:

Art. 525. A petição de agravo de instrumento será instruída:

I – *obrigatoriamente*, com cópias da decisão agravada, da certidão da respectiva intimação e das procurações outorgadas aos advogados do agravante e do agravado;

II – *facultativamente*, com outras peças que o agravante entender úteis (sem destaques no original).

Feita a leitura do texto normativo, uma primeira indagação se apresenta: teria o legislador lançado mão de dois incisos no artigo 525, distintos portanto, para em ambos disciplinar matéria de *idêntica natureza*?

A resposta a nosso ver soa negativa, pois a técnica legiferante determina que os diversos incisos de um artigo, quando existentes, destinam-se justamente a abrigar elementos que se distinguem entre si, que não se assemelham, enfim.

Ora, se o legislador, após o *caput* do artigo 525 do Código de Processo Civil, abre dois incisos, enumerando no primeiro e, após, no segundo os requisitos para a prática ou a validade de um determinado ato, a exegese lógica faz com que se veja neles matérias distintas. Com efeito, se tanto no inciso I como no inciso II a matéria regrada fosse da mesma natureza, o último não passaria de inútil redundância, de estéril superfetação.

No particular, julga-se pertinente fazer remissão ao que dispõe a Lei Complementar n. 95, de 26 de fevereiro de 1998, que disciplina “*a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, consoante ordena o parágrafo único do art. 59 da Constituição Federal [...]*”.

A Seção II do Capítulo II daquela norma trata “*da Articulação e da Redação das Leis*”, e nela encontra-se o artigo 11, que reza:

Art. 11 — As disposições normativas serão redigidas com clareza, precisão e ordem lógica, observadas, para este propósito, as seguintes normas:

I — para a obtenção de clareza:

[...]

II — para a obtenção de precisão:

[...]

III — para a obtenção de ordem lógica:

[...]

d) *promover as discriminações e enumerações por meio de incisos, alíneas e itens* (sem destaque no original).

Como se vê, a hermenêutica que parece melhor afeiçãoar-se aos ditames dessa Lei Complementar é a de que, havendo diversos incisos após o *caput*, servem eles justamente para promover a discriminação, vale dizer, para separar matérias que se diferenciam entre si.

A segunda indagação nasce do fato de que o inciso I do artigo 525 do Código de Processo Civil arrola taxativamente alguns documentos (*cópias da decisão agravada, das procurações outorgadas aos advogados do agravante e do agravado e da certidão de intimação da decisão*, esta apenas para aferir a tempestividade do recurso), classificando-os de *obrigatórios*, enquanto o inciso II refere-se a *outras peças*, não especificadas, e as rubrica de *facultativas*.

Indaga-se uma vez mais: estaria o legislador tratando peças obrigatórias e peças facultativas como coisa idêntica?

Com as vênias de estilo, parece que não. O Dicionário Aurélio – Século XXI define *obrigatório* como forçoso, inevitável; e *facultativo*, permitido o tru-

ísmo, como algo que não é obrigatório. Assim, não soa razoável, com todas as vênias, repita-se, assemelhar, equiparar, igualar facultativo a obrigatório.

Irreprochável que se está diante de antípodas, confrontados com coisas excludentes, pois o que é obrigatório não pode ser tido como facultativo e o facultativo jamais pode ser compreendido como obrigatório. Trata-se de conceitos semânticos e operacionais excludentes.

Enfatiza-se que, se o artigo 525 do Código de Processo Civil determina, no inciso I, que seja obrigatória, sob pena de não conhecimento do agravo, a juntada de peças que *enumera e identifica* — reitere-se, cópias de procurações, do interlocutório e da respectiva certidão de intimação —, por interpretação lógica e sistêmica e até por uma questão de lealdade e boa-fé processual, não pode o exegeta dar o mesmo tratamento à fórmula genérica “*facultativamente, outras peças [...]*”, utilizada no inciso II do mesmo artigo.

E diz-se lealdade e boa-fé processual uma vez que apenas a exigência objetivamente aferível pode ser obrigatória, jamais aquela que nasce do subjetivismo da interpretação do julgador.

Logo, é de se concluir que os documentos mencionados no inciso I e aqueles referidos no inciso II do artigo 525 do Código de Processo Civil dizem respeito a coisas absolutamente distintas. E, se distintas, não podem ter o mesmo tratamento, e nem sua ausência nos autos do agravo de instrumento pode ensejar a mesma consequência.

Os documentos do inciso I, porque obrigatórios, identificados e arrolados taxativamente, constituem requisito de admissibilidade do agravo, vale dizer, a ausência de algum ou alguns deles *faz com que o agravo não seja conhecido*.

Já os documentos do inciso II, colocados genericamente, têm pertinência com o mérito propriamente dito do recurso, que obviamente não se confunde com o *meritum causae*, porque objetivam fazer prova seja da

relevância da argumentação, atendendo ao requisito de verossimilhança, seja da urgência; ambos dizem respeito ao provimento do agravo ou à concessão de antecipação de tutela recursal ou ainda à atribuição de efeito suspensivo.

Lembra, com a sua habitual precisão, o eminente Professor Barbosa Moreira (1996, p. 135) que “*não se somam quantidades heterogêneas*”.

Soam inconfundíveis no foro — e isso é assunto pacificado — a expressão “não conhecer”, que diz respeito a requisitos formais, e a expressão “prover”, com suas derivações “improver”, “conceder antecipação de tutela”, “conceder efeito suspensivo”, todas essas pertinentes ao mérito recursal.

Quando a segunda instância examina um recurso, qualquer recurso, todos os recursos, inicialmente o faz quanto aos requisitos formais que, se presentes, levam ao “conhecimento” do apelo e, se ausentes, ao “não conhecimento”. Em seguida, se for o caso, passa ao mérito propriamente dito (e mérito do recurso e mérito da demanda, reiterar-se, não são necessariamente a mesma matéria), o que levará ao “provimento” ou ao “improvimento” do recurso.

Disso conclui-se que a ausência das peças obrigatórias (artigo 525, inciso I, do Código de Processo Civil) deve conduzir ao *não-conhecimento do recurso de agravo de instrumento*, decisão contra a qual cabe o reclamo previsto no § 1º do artigo 557 do Código de Processo Civil.

De outra banda, a ausência de peças facultativas (artigo 525, inciso II, do Código de Processo Civil), porque *não* se trata de requisito de admissibilidade, permite que o recurso *seja conhecido*, mas poderá levar — destaque-se, “*poderá levar*”, e não “levará” — ao *improvimento*, ou ainda à negativa de antecipação de tutela recursal, negativa de atribuição de efeito suspensivo ou conversão do recurso para a modalidade retida. E, para essas três últimas hipóteses, cabe apenas pedido de reconsideração.



Em tal sentido há entendimento sedimentado na egrégia Câmara Civil Especial do Tribunal de Justiça de Santa Catarina<sup>1</sup>, *verbis*:

Com a redação conferida ao parágrafo único do artigo 527 do Código de Processo Civil pela Lei n. 11.187, a decisão que defere pedido de efeito suspensivo ou de antecipação da tutela recursal somente poderá ser objeto de reconsideração pelo relator, incabível a impugnação por qualquer modalidade recursal, inclusive o agravo previsto no artigo 195 do Regimento Interno desta Corte.

Segundo Baur (apud NERY JUNIOR, 2004, p. 222), a doutrina alemã classifica a instância recursal como “*segunda primeira instância*” (*zweite Erstinstanz*), e, num paralelo que se reputa inafastável, o inciso I do artigo 525 assemelha-se ao artigo 267, enquanto o inciso II amolda-se à hipótese do artigo 269, todos do Código de Processo Civil.

Forçoso reconhecer, porém, que a matéria não é pacífica. Teresa Arruda Alvim Wambier (2006, p. 280), por exemplo, preleciona:

O recurso não pode ser conhecido se desacompanhado de razões ou das peças tidas por obrigatórias pelo art. 525, inc. I, para a formação do instrumento, que são cópias da decisão agravada, da certidão de sua intimação (para controle da tempestividade) e das procurações outorgadas pelas partes, desde que, é claro, não se junte outro e novo instrumento de procuração.

Faltante qualquer destes documentos, o recurso não será conhecido. Ausente, todavia, peça que não consta do elenco do inc. I do art. 525, mas que seja necessária à compreensão da controvérsia, o recurso igualmente não será conhecido.

As duas afirmações, com as vênias da ilustre professora, soam absolutamente conflitantes. Difícil conciliar que um documento seja, simultaneamente, facultativo mas necessário ao exame do requisito de admissibilidade do agravo.

1 Agravo Regimental em Agravo de Instrumento n. 2007.023114-9/0001.00, j. 7-9-2007.

O excelente processualista Araken de Assis (2007, p. 509-510) parece adotar posição assemelhada:

Facultativamente, aduz o art. 525, II, o agravante anexará à petição de agravo outras peças que entender úteis. O advérbio é enganoso. Há peças que, a despeito de não se revelarem obrigatórias, mostram-se essenciais à compreensão da controvérsia equacionada no provimento impugnado.

Há que se fazer leitura atenta dessa assertiva. Essas peças que não são obrigatórias, diz Araken de Assis, podem ser essenciais. Indaga-se: essenciais a quê? Ele mesmo responde, dizendo que as peças mencionadas no inciso II podem ser essenciais à compreensão do interlocutório recorrido. Ora, rogando vênias, compreender o provimento agravado é matéria de mérito do recurso, e não requisito de admissibilidade.

E em abono à tese que ora se defende, Nelson Nery Junior (2004, p. 372) escreveu: “As peças obrigatórias, descritas no CPC 525 I, devem constar do instrumento do agravo, sob pena de, reconhecida a irregularidade formal, o agravo não ser conhecido”.

Na mesma senda, o processualista de escol José Carlos Barbosa Moreira (2004, p. 504-505) preleciona:

A ausência de qualquer peça obrigatória torna inadmissível o agravo e dá lugar ao indeferimento liminar pelo relator (art. 527, n. I, combinado com o artigo 557, ao qual faz o texto daquele remissão expressa). Se de início a falha passar desapercibida ao relator, e o recurso chegar ao julgamento pelo colégio, dele não se conhecerá. Essas observações valem igualmente para a falta de preparo e conseqüente deserção.

Na jurisprudência, a matéria em exame, por igual, não foi ainda pacificada.

O colendo Superior Tribunal de Justiça, por sua Corte Especial, assentou entendimento de que “além das cópias obrigatórias referidas no inc. I do art. 525, a ausência de peça essencial ou relevante para a com-

preensão da controvérsia afeta a compreensão do agravo, impondo o seu não-conhecimento”<sup>2</sup>.

De outra banda, o egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina, por sua Câmara Civil Especial, cuja competência, regimentalmente, limita-se ao exame e julgamento de agravos de instrumento, agravos do § 1º do artigo 557 do Código de Processo Civil e seus eventuais embargos de declaração, por maioria, bem verdade, decidiu:

Com relação aos documentos obrigatórios que devem acompanhar o agravo de instrumento, o artigo 525, inciso I, do Código de Processo Civil determina que a petição do recurso será instruída:

“I — obrigatoriamente, com cópias da decisão agravada, da certidão da respectiva intimação e das procurações outorgadas aos advogados do agravante e do agravado”.

Trata-se de determinação legal e seu descumprimento gera o não-conhecimento do reclamo.

Quanto aos documentos facultativos que devem acompanhar o agravo de instrumento, o artigo 525, inciso II, do Código Buzaid determina, *verbis*:

“II — facultativamente, com outras peças que o agravante entender úteis”.

[...]

Logo, é de se concluir que os documentos mencionados no inciso I e os referidos no inciso II são requisitos procedimentais absolutamente distintos [...].

Os primeiros, porque obrigatórios e identificados taxativamente, pede-se vênua por repetir, constituem requisito de admissibilidade do agravo, vale dizer, a ausência de algum ou alguns deles, faz com que o agravo *não seja conhecido*.

2 Embargos de Divergência no Recurso Especial n. 449.486, rel. Min. Menezes Direito, j. 2-6-2004. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=449486&tcb=ACOR&tp=true&t=&l=10&i=1>>. Acesso em: 4 jul. 2008.

Já, os segundos, previstos genericamente, dizem respeito ao mérito propriamente dito do recurso, porque se destinam a fazer prova, ou da relevância da argumentação, atendendo ao requisito de verossimilhança, ou da urgência, ambos vinculando-se ao *provimento* do agravo ou à concessão da tutela de urgência.

[...] Se a lei determina que a juntada das peças enumeradas no artigo 525, inciso I, do Código Buzaid é obrigatória, sob pena de não-conhecimento do agravo, *a contrario sensu*, a apresentação dos documentos facultativos não pode receber o mesmo tratamento empregado àquela condição procedimental”<sup>3</sup>.

Em suma, a exigência e a faculdade contidas nos incisos I e II do artigo 525 do Código de Processo Civil dizem respeito a coisas absolutamente díspares entre si, pois o inciso I trata de requisito formal, cuja ausência leva ao não-conhecimento do agravo, enquanto o inciso II cuida de prova do mérito, e sua ausência ou deficiência podem levar ao improvimento do recurso.

Acerca da exegese da lei processual que examina as formas no processo, convém recordar preciosa e sempre atual lição do mestre Galeno Lacerda (1983, p. 8):

[...] a lei que rege a forma deve ser interpretada e aplicada em função do fim. Nesta perspectiva, os malefícios do formalismo no processo resultam, em regra, de defeitos na interpretação da lei processual. A propósito, não me canso de verberar o mau vezo, infelizmente generalizado, de negar-se à norma de processo outra interpretação que não a literal, exatamente aquela que os mestres da hermenêutica consideram a mais pobre, a menos satisfatória, a menos inteligente. Não há por que degradarmos o direito processual e os processualistas autênticos a esse ponto, nem atribuímos ao legislador intenções que jamais passaram por sua cabeça.

3 Agravo do § 1º do art. 557 do CPC no Agravo de Instrumento n. 2006.0018682-7/0001.00, j. 27-7-2006. Disponível em: <<http://www.tj.sc.jus.br/jurisprudencia>>. Acesso em 4 jul. 2008.

Outro não é o ensinamento, vetusto mas sempre válido, ministrado por Rudolf Von Ihering (19-?, p. 470-471): “a forma é a inimiga jurada do arbítrio e a irmã gêmea da liberdade”<sup>4</sup>.

4 *O Espírito do Direito Romano (Geist des römischen Recht)*. Vol 2. Tomo 2. 5 ed. Leipzig, § 45, p. 470-471.

## REFERENCIAS

ASSIS, Araken de. *Manual de Recursos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao código de processo civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. V.

IHERING, Rudolf Von. *O espírito do direito romano (Geist des römischen recht)*. 5. ed. t 2, v. 2, Leipzig, § 45, [19-?].

LACERDA, Galego. O código e o formalismo processual. *AJURIS*, Porto Alegre, v. 28, 1983.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Que significa “não conhecer de um recurso”? *Ajuris*, Porto Alegre, v. 66, mar. 1996, p. 131-148.

NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Os agravos no CPC brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

# **CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO: FUNDAMENTOS, AVANÇOS E DESAFIOS DA RESPONSABILIZAÇÃO INTERNACIONAL DE ESTADOS E INDIVÍDUOS**

Lucimara Rocha Ernlund Iegas\*

## **1 INTRODUÇÃO**

O presente estudo se destina a contextualizar o combate ao crime de lavagem de dinheiro no cenário do Direito Internacional Público contemporâneo, em que se vê a consolidação da proteção penal de direitos humanos pelo recém-criado Tribunal Penal Internacional.

Busca-se definir a ordem socioeconômica como bem jurídico tutelado pelo crime de lavagem, ao mesmo tempo em que se sustenta que os crimes contra ela são capazes de lesionar gravemente os direitos sociais e econômicos consagrados em instrumentos internacionais.

Diante disso, pretende-se demonstrar a necessidade de repressão penal internacional dos agentes criminosos autores da lavagem de capitais, o que, por outro lado, garantirá a proteção penal dos direitos humanos violados. Ao mesmo tempo, sustenta-se a responsabilidade do Estado por descumprimento de metas de combate assumidas.

## **2 BEM JURÍDICO TUTELADO**

Três são as correntes doutrinárias que visam a identificar o bem jurídico tutelado pelo delito de lavagem de dinheiro.

\* Membro do Ministério Público do Estado do Paraná; Promotora de Justiça nas áreas criminal e de proteção a direitos difusos, coletivos e individuais indisponíveis.

A primeira delas reconhece na lavagem de dinheiro o mesmo bem jurídico tutelado no crime antecedente. A segunda, por sua vez, defende que o bem jurídico protegido é a administração da justiça.

Constitui-se princípio do Direito Penal que a cada situação penalmente relevante deve corresponder um único tipo penal individualizador da conduta proibida. Portanto, não haveria como justificar, à luz da teoria geral do Direito Penal, a criação de novo tipo penal (o da lavagem de dinheiro) com o mesmo bem jurídico já tutelado pelo crime antecedente. Criar-se-ia, segundo essa corrente, uma desnecessária e injustificável superproteção do bem jurídico.

Por sua vez, ao entender-se a administração da justiça como bem jurídico tutelado pelo crime de lavagem de dinheiro, não haveria tipicidade na conduta do autor da “auto-lavagem”, já que, segundo essa corrente doutrinária, o delito de lavagem seria uma espécie do crime de favorecimento real, devendo ser lembrado que não se pune o agente pela prática de atos de exaurimento do próprio crime (fato posterior impunível). Assim sendo, a lavagem somente seria penalmente típica quando o agente do crime antecedente fosse diferente do agente do crime de lavagem de dinheiro.

Portanto, é na terceira corrente doutrinária que se verifica o entendimento apto a mais bem explicar a imprescindibilidade e relevância social da criminalização autônoma da lavagem de dinheiro.

Segundo Barros (2004, p. 98):

Considera-se que os crimes de “lavagem” e a criminalidade organizada são formas de agressão contra a ordem pública e contra a ordem socioeconômica. O conjunto dessas modalidades criminosas pode desestruturar sistemas financeiros, comprometer atividades econômicas e minar políticas sociais. Por isso, foi necessário criar um novo modelo legislativo de repressão que, a meu ver, não se identifica com o objeto de proteção jurídica do crime antecedente, e muito menos visa tutelar a administração da justiça.



De fato, as conseqüências desastrosas na ordem socioeconômica, causadas pela lavagem de dinheiro, concorrem para a dificuldade que vários Estados enfrentam de implementação de políticas sociais voltadas à concretização dos direitos fundamentais.

O crime de lavagem de capitais é capaz de produzir efeitos sobre uma população inteira, atingindo e aniquilando direitos de cidadãos, que ficam à mercê de governantes corruptos e organizações criminosas voltadas ao enriquecimento ilícito às custas do dinheiro público.

Importante esclarecer que não se deixa de reconhecer a existência do crime de lavagem de capitais em situações não compatíveis com a macrocriminalidade. Há, efetivamente, situações concretas em que o crime de lavagem de dinheiro produz reduzida lesividade ao sistema econômico-financeiro, se individualmente consideradas, como, por vezes, a lavagem decorrente do crime de extorsão mediante seqüestro e dos crimes praticados por particular contra a Administração Pública. Todavia, considerando-se o aumento constante da criminalidade, é possível inferir que a soma dos montantes lavados oriundos de fatos diversos e isolados gera, em análise conjunta, significativa lesividade ao sistema econômico-financeiro de um Estado e à ordem socioeconômica.

Conforme já reconheceu a ONU em Congresso Mundial,

os crimes econômicos e financeiros constituem uma ameaça grave a longo prazo para o desenvolvimento socioeconômico pacífico e democrático. Os mercados financeiros não se podem desenvolver nos países onde as atividades econômicas e financeiras ilegais são socialmente aceitas, porque têm como base critérios e valores profissionais, jurídicos e morais elevados. A mera noção de que estão a ser cometidos atos econômicos e financeiros ilegais pode causar danos econômicos. A suspeita pública mina a legitimidade do governo<sup>1</sup>.

1 11º Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção do Crime e Justiça Penal, Bangueteque, Tailândia.

Nesse ponto, torna-se imperioso admitir que a ordem socioeconômica é o bem jurídico tutelado no tipo penal autônomo da lavagem de dinheiro, haja vista o reconhecimento de que se trata do bem verdadeiramente agredido.

Outrossim, verificando-se que a lavagem de dinheiro corresponde a significativas cifras do produto interno bruto mundial e que, segundo relatório de 1995 do GAFI<sup>2</sup> sobre o volume de dinheiro “lavado” anualmente no mundo, há “consenso geral de que alcança centena de bilhões de dólares”, é possível concluir que a lavagem de capitais não atenta apenas contra a ordem pública e socioeconômica interna dos Estados, mas também contra a ordem internacional.

Importante salientar nesse ponto que atualmente, como consequência dos avanços tecnológicos e da globalização econômica, a transferência de recursos entre os centros financeiros de todo o mundo ocorre de forma instantânea, e os serviços que podem ser oferecidos ao investidor diversificam-se a cada dia, o que permite maior agilidade e anonimato nas transações financeiras.

Diante dessa constatação, é importante ter em conta que, por sua natureza, o crime de lavagem de capitais é comumente transnacional, já que sua execução não encontra obstáculo nos limites das fronteiras dos Estados, gerando consequências em diversas economias.

Portanto, é consectário lógico deste raciocínio identificar na ordem internacional o bem jurídico protegido.

Importa consignar, pois, que não apenas os graves crimes contra a vida ou a integridade física humana atentam contra a ordem internacional, pois os crimes aparentemente “limpos”, por não atentarem diretamente contra a vida ou a saúde humanas, podem gerar número muito superior

2 Grupo de ação financeira sobre a lavagem de dinheiro.

de vítimas, dizimando populações inteiras, que morrem lentamente como consequência da exclusão social e da falta de acesso a serviços essenciais, enquanto, por outro lado, a criminalidade organizada cresce vertiginosamente e incrementa sua estrutura, deslocando recursos públicos e privados para seu patrimônio, com o apoio de Estados que resistem a cooperar internacionalmente, oferecendo e incentivando a guarda de recursos oriundos do crime, em instituições financeiras locais.

Diante dessas conclusões, verificam-se inafastáveis consequências no tratamento penal do crime de lavagem de capitais, e a internacionalização da prevenção e da repressão é a mais importante delas, conforme se verá nos tópicos a seguir.

### 3 DIREITOS ECONÔMICOS E SOCIAIS: *IUS COGENS* INTERNACIONAL E PROTEÇÃO PENAL INTERNACIONAL

Direito cogente é o direito obrigatório, inderrogável pelo exercício da autonomia privada, por tratar de temas interessantes à sociedade, genericamente considerada.

Na clássica doutrina de Direito Internacional, há maior dificuldade de reconhecimento da existência do *ius cogens*, em face da ausência de um governo centralizado, com poder coercitivo e tribunais com jurisdição compulsória, como ocorre nas ordens jurídicas internas. Some-se a isso o clássico tratamento da soberania dos Estados como princípio absoluto.

Todavia, o reconhecimento do direito cogente consolida-se no Direito Internacional contemporâneo como resultado de processos atuais de universalização e internacionalização de direitos e “Justicialização do Direito Internacional” (PIOVESAN, 2003), indicando o surgimento do Direito Internacional da Cooperação e da Solidariedade.

O artigo 53 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados reconhece os efeitos do *ius cogens* sobre o Direito Internacional, afirman-

do que se trata de normas reconhecidas pela comunidade internacional, que não admitem acordo em contrário e não podem ser derogadas pelas partes num tratado.

São regras de caráter geral que existem independentemente de codificação, haja vista a consciência de sua obrigatoriedade por parte dos Estados, manifestada em ações práticas, no costume internacional e na Jurisprudência dos Tribunais Internacionais.

[...] O que veio fazer a teoria do *jus cogens* foi limitar a autonomia da vontade dos entes soberanos (*jus dispositivum*) na esfera internacional, assim o fazendo com vistas a assegurar a ordem pública (*ordre public*) no cenário mundial (MAZZUOLI, 2006, p. 108).

Atualmente, é visível no Direito Internacional o avanço para o alargamento dos temas compatíveis com o direito cogente, conforme sinaliza Piovesan (2003, p. 107):

Em face da crescente consolidação deste positivismo universal concernente aos direitos humanos, pode-se afirmar que os tratados internacionais de proteção aos direitos humanos refletem, sobretudo, a consciência ética contemporânea compartilhada pelos Estados, na medida em que invocam o consenso internacional acerca de temas como os direitos civis e políticos, os direitos econômicos, sociais e culturais, a proibição da tortura, o combate à discriminação racial, a eliminação da discriminação contra a mulher e a proteção dos direitos da criança, dentre outros temas.

Portanto, ao lado de várias outras matérias relevantes, a proteção aos direitos econômicos e sociais revela-se, definitivamente, presente no rol de princípios de observância internacionalmente obrigatória, a partir do momento em que se conclui que somente o desenvolvimento econômico e social dos povos pode criar o ambiente necessário à concretização dos demais direitos fundamentais<sup>3</sup>.

3 Ver Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais adotado pela Assembléia da ONU em 1966 e em vigor desde 1976.

Ressalte-se que a Declaração de Direitos Humanos de Viena, de 1993, afirma:

Todos os direitos humanos são universais, interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos globalmente de forma justa e equitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase.

Reforça-se, pois, a noção contemporânea de que os direitos humanos são universais e indivisíveis, já que a implementação de um deles depende da concretização dos demais, pelo que não há falar em fracionamento de direitos.

Nesse contexto, importa criar mecanismos internacionais de proteção dos direitos humanos, e sua proteção e uma das conseqüências inafastáveis, ao lado da imposição de obrigações positivas aos Estados para promover políticas sociais e combater os crimes contra a ordem socioeconômica, visando à criação de um verdadeiro sistema internacional de proteção.

Como corolário dos avanços do Direito Internacional na direção da formação de sistema jurisdicional de proteção de direitos humanos, surge, com a entrada em vigor do Estatuto de Roma, no ano de 2002, o Tribunal Penal Internacional (TPI), voltado à proteção dos direitos humanos e ao julgamento do crime de genocídio, crimes contra a humanidade, crime de guerra e crime de agressão.

Com competência ainda tímida por razões de caráter político e em face da diversidade cultural e da divergência de interesses entre os Estados, o TPI representa profundo avanço, embora tenha excluídos de sua competência crimes internacionalmente importantes, como o terrorismo, o tráfico ilícito de entorpecentes e a lavagem de dinheiro.

Comentando a exclusão do tráfico ilícito de entorpecentes da competência do TPI, Lima e Brina (2006, p. 134) afirmam que as convenções internacionais têm admitido que as substâncias entorpecentes

representam uma grave ameaça à saúde e ao bem-estar dos seres humanos e que têm efeitos nefastos sobre as bases econômicas, culturais e políticas de toda a sociedade. Ademais, reconhecem os vínculos entre o tráfico ilícito e outras atividades criminosas organizadas a ele relacionadas, as quais minam as economias lícitas e ameaçam a estabilidade, a segurança e a soberania dos Estados.

Os vínculos entre o tráfico ilícito de entorpecentes e o crime de lavagem de dinheiro são reconhecidamente estreitos, tanto que na legislação brasileira (Lei n. 9.613/1998) o tráfico de drogas aparece como crime antecedente da lavagem. Ambos, todavia, estão à margem da competência do (TPI).

Neste ponto do presente trabalho, já firmado o bem jurídico “ordem socioeconômica” como bem protegido pelo tipo penal do crime de lavagem de dinheiro, já consignada a consagração internacional dos direitos humanos sociais e econômicos como direitos obrigatórios, e já esclarecida a competência do (TPI) para proteção dos direitos humanos, não há fundamentar juridicamente a exclusão do crime de lavagem de dinheiro da competência desse Tribunal.

Se os direitos humanos são indivisíveis, sua proteção também o é, de forma que não se pode conceber que crimes contra a ordem socioeconômica de magnitude internacional e causadores de graves violações a direitos sociais e econômicos, conforme delineado no tópico 2 do presente estudo, deixem de ter tratamento penal internacional e repressão uniforme, imprescindíveis à integral proteção do bem jurídico tutelado e à internacionalização da prevenção e da repressão.

Portanto, embora a consciência internacional já se tenha voltado à necessidade de consolidar um sistema eficiente antilavagem de dinheiro, para que a repressão seja plena, há a necessidade de se desenvolverem mecanismos jurisdicionais internacionais de responsabilização individual

pela prática deste crime, quiçá com a criação de novo Tribunal Penal Internacional Permanente para apuração e julgamento de crimes de lavagem ocorridos após a sua criação, quiçá com a ampliação da competência do já existente Tribunal Penal Internacional.

#### 4 INTERNACIONALIZAÇÃO DA PREVENÇÃO E DA REPRESSÃO

Vários são os fundamentos que sustentam a necessidade de internacionalizar a prevenção e a repressão do crime de lavagem de dinheiro. No presente trabalho, até este ponto, enfocamos o fundamento jurídico, sustentando que, se o bem jurídico protegido é de interesse internacional (ordem socioeconômica), e se há consenso universal sobre sua relevância e obrigatoriedade, a repressão também deve ser internacionalizada.

Importa, pois, que esse bem jurídico passe a ser tutelado pelo Direito Internacional de forma ampla e irrestrita, a partir do momento em que se reconheça que as técnicas mais comumente utilizadas na prática de lavagem de dinheiro importam necessário impacto na ordem socioeconômica interna e internacional, gerando concorrência desleal entre empresas, domínio do mercado, desemprego, inflação e miséria, principalmente nos chamados países em desenvolvimento.

Outrossim, aspectos práticos relacionados à persecução penal impõem a adoção de medidas internacionais voltadas à formação de sistema internacional antilavagem.

Segundo Machado (2004, p. 138),

o sistema mundial antilavagem de dinheiro constrói-se a partir dos obstáculos que apresenta o sistema financeiro internacional para localizar e confiscar o produto e o proveito de uma atividade considerada criminal.

Conforme já descrito neste trabalho, a facilidade atual de se efetuar operações financeiras transnacionais e transferir instantaneamente ao

exterior grandes montas de capitais, com a garantia do anonimato, torna difícil às autoridades nacionais percorrer o caminho do produto do crime, não fossem a existência de um sistema internacional, em que é dever dos operadores do sistema financeiro a identificação e comunicação de transações consideradas suspeitas, e a existência de agências governamentais responsáveis por centralizar estas informações e repassá-las às demais autoridades nacionais e estrangeiras<sup>4</sup>.

Entretanto,

na contracorrente do ímpeto de adoção global desse modelo estão as resistências nacionais — de natureza política ou econômica, frutos de tradição jurídica ou do potencial de negociação do país em face dos propulsores do modelo, de modo que o processo de implantação e os resultados desta tendem a ser, e de fato são, diferentes (MACHADO, 2004, p. 139).

Nesse ponto, importante esclarecer que o dever de cooperação é previsto na Carta da ONU como um dos principais deveres dos Estados, sendo um dos seus propósitos

conseguir uma cooperação internacional para resolver os problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanitário e para promover e estimular o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos [...]<sup>5</sup>.

Portanto, e partindo do prisma que se adota no presente estudo, o dever de cooperação internacional ao combate à criminalidade organizada não decorre unicamente de adesão a tratados internacionais de prevenção e repressão.

É dever dos Estados cooperar em questões em que se identifica o caráter cogente do Direito Internacional, conforme mencionado no tópico 3 *supra*, em razão de aceitação, reconhecimento e consenso internacionais,

4 Sistema previsto na Convenção de Viena de 1988, nas Recomendações do FATF (GAFI) e na rede internacional do Grupo de Egmont.

5 Carta da ONU — artigo 1º, 3.



decorrentes de uma consciência ética contemporânea compartilhada pelos Estados.

Nesse ponto, convém salientar que não apenas os bens jurídicos protegidos pelos tipos penais dos crimes de genocídio, escravidão e pirataria, por exemplo, previstos na Carta das Nações Unidas, são capazes de gerar consenso internacional e conseqüentemente obrigatoriedade de repressão. Os fatos do mundo contemporâneo impõem o reconhecimento de novos crimes como verdadeiros vilões da ordem internacional.

É tempo de inventar e consolidar esta nova ordem, que tem como valor absoluto a dignidade dos povos e indivíduos.

Atualmente é tempo de relativizar conceitos como o da soberania e o da autodeterminação dos povos, em prol de valores maiores, internacionalmente reconhecidos, relacionados à dignidade dos indivíduos e dos povos.

A Convenção da ONU de 1988 reconhece expressamente, em seu preâmbulo, que a criminalidade organizada representa ameaça à soberania dos Estados. Soberania essa que, ironicamente, é utilizada como justificativa para não cooperar internacionalmente ou não aderir a tratados internacionais sobre o combate àquela.

Portanto, faz-se mister que o Direito Internacional Público caminhe a passos largos, acompanhando a velocidade em que a criminalidade organizada se desenvolve e se internacionaliza, sob pena de faltarem-lhe os instrumentos jurídicos necessários, por excessivo apego a conceitos clássicos, atualmente insuficientes.

É desafio atual do Direito Penal Internacional Público consagrar parâmetros mínimos de combate à lavagem de capitais e criar sanções penais correspondentes, sem as quais não se alcançará a almejada repressão uniforme.

## 5 RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DO ESTADO

Responsabilidade Internacional é a resposta que o Direito Internacional dá a quem infringe suas regras. Parte do princípio de que os Estados estão vinculados ao cumprimento das obrigações que assumiram no cenário internacional.

Todavia, embora a responsabilidade internacional seja tema fundamental no Direito Internacional Público contemporâneo, ainda está na fase germinal, em face da ausência de mecanismos mais eficazes de coação estatal e de um poder vinculante centralizado.

Para que o Direito Internacional Público possa avançar na direção da instituição de um sistema coercitivo internacional, deve rever conceitos e definições e abandonar a antiga dicotomia existente entre as teses do monismo e do dualismo.

Atualmente, não importa fixar se as ordens jurídicas interna e internacional representam ou não universos distintos (dualismo) ou se existente entre elas ou não uma relação de hierarquia (monismo). Importa conceber o Estado como pessoa jurídica indivisível, como sujeito de direito capaz de contrair obrigações nos planos interno e internacional, ao mesmo tempo.

Assim como o cidadão que possui obrigações “internas” para com sua família e contrai obrigações “externas” no ambiente profissional e na vida pública, do que não decorre uma necessária hierarquia, o Estado, como pessoa jurídica única e indivisível, deve honrar seus compromissos internos e internacionais.

Como conseqüência, admite-se que qualquer descumprimento de obrigação internacional assumida, ainda que em decorrência de descompasso entre o direito interno e o direito internacional, resulta na responsabilização do Estado.

Retomando o tema da soberania, já comentado em tópicos anteriores, no plano interno, de fato, ela é absoluta.

Contudo, na esfera internacional, a soberania estatal, que em nada difere da soberania interna, encontra limites na ordem legal internacional; limites delineados pelo direito internacional e que visam a regular e harmonizar as relações jurídicas entre os Estados (MORE, 2002).

Em face disso, ao Estado que assume, por tratado internacional, o dever de tipificar condutas criminosas, implementar metas de combate ao crime e cooperar internacionalmente na obtenção e repasse de informações importantes, cabe a responsabilidade internacional diante de eventual descumprimento.

Por outro lado, admitida a existência do *ius cogens* internacional, a responsabilidade do Estado pode decorrer da inobservância das normas de direito obrigatório, independentemente da assinatura ou ratificação de tratados internacionais. Para tanto, é indispensável que a comunidade internacional manifeste consenso sobre a imperatividade da questão.

Prevista na Convenção Internacional sobre a Responsabilidade Internacional do Estado (ONU—2001), a “reparação” é a expressão genérica correspondente à sanção jurídica destinada ao Estado violador de deveres internacionais. Pode ter, em princípio, a forma de indenização, satisfação ou garantia de não repetição. Todavia, a cada situação concreta deve responder uma forma mais adequada de reparação.

Se um Estado resiste a cooperar internacionalmente, negando o fornecimento de informações imprescindíveis a uma investigação de crime de lavagem de dinheiro, ou se deixa de cumprir metas de combate e repressão a que se obrigou, cabe-lhe a responsabilização internacional, com a condenação, pelas Cortes Internacionais, ao cumprimento da obrigação positiva a que se negou.

Alguns autores afirmam ser raro colocar em movimento a pesada máquina da Justiça Internacional por uma questão de ausência de cooperação. Todavia, para situações internacionais menos gravosas ou de menor complexidade devem corresponder mecanismos jurisdicionais mais simplificados e céleres. O importante é consolidar a utilização dos instrumentos coercitivos da Justiça Internacional, pois ao longo do tempo isso representará importante avanço do Direito Internacional Público rumo à proteção integral de valores e direitos internacionalmente reconhecidos.

Portanto, a responsabilidade internacional do Estado deve caminhar lado a lado com a responsabilização penal internacional do agente criminoso, conforme exposto anteriormente, a fim de garantir a eficácia do sistema de prevenção e repressão ao crime de lavagem de dinheiro, encorajar os Estados a cumprirem suas metas de combate e dar aos indivíduos a certeza da punição, seja interna, seja internacionalmente.

## 6 CONCLUSÃO

Diferentemente dos crimes classicamente reconhecidos como crimes contra a humanidade, cujos resultados perversos são identificados tão logo seja a conduta praticada, o crime de lavagem de capitais é praticado de forma organizada, mundialmente difusa e dissimulada, em razão da aparência de licitude que lhe é inerente. Seus resultados desastrosos são, por via de conseqüência, de identificação demorada e protraída no tempo, o que tende a dificultar seu reconhecimento como grave crime contra a ordem internacional.

Todavia, os efeitos nefastos, ao longo do tempo, são facilmente identificáveis, principalmente em pequenas economias e nos chamados países em desenvolvimento, cujas populações são submetidas a inaceitáveis condições de vida, enquanto o crime organizado prolifera.

Os avanços têm sido significativos, mas insuficientes a fazer frente à estrutura humana, material e financeira, de que dispõem as organizações criminosas voltadas à lavagem de capitais. O Estado, por sua vez, concorre com sua estrutura de movimentação lenta e pesada, dependente do cumprimento de uma série de procedimentos burocráticos, e com a máquina da Justiça muitas vezes já assoberbada e ineficiente.

Diante disso, urge que novos conceitos sejam recepcionados pelo Direito interno dos Estados, ao mesmo tempo em que cabe ao Direito Internacional Público a importante missão de liderar os avanços, estabelecendo instrumentos jurídicos internacionais aptos a reprimir a criminalidade organizada, de modo uniforme, e a aplicar sanções jurídicas aos Estados que apresentem resistência à cooperação internacional e ao cumprimento de metas, formando-se, quiçá, verdadeira ordem jurídica internacional voltada ao combate do crime de lavagem de dinheiro.

## REFERÊNCIAS

BARROS, Marco Antonio de. *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2004.

BORGES, Leonardo Estrela; BRANT, Leonardo Nemer Caldeira. *A proteção internacional dos direitos humanos*. Direito internacional moderno: estudos em homenagem ao Prof. Gerson de Brito Mello Bóson. Coordenação de Carlos Augusto Canedo Gonçalves da Silva e Érica Adriana Costa. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

D'ANGELIS, Wagner Rocha (Org.). *Direito internacional dos direitos humanos*. Direito internacional do século XXI: integração, justiça e paz. Curitiba: Juruá, 2003.

LIMA, Renata Mantovani de; BRINA, Marina Martins da Costa. *O tribunal penal internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

MACHADO, Maíra Rocha. *Internacionalização do direito penal*. São Paulo: Editora 34, 2004.

MATTOS, Aderbhal Meira. *Direito internacional público*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2006.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime de lavagem de dinheiro*. São Paulo: Atlas, 2006.

MORE, Rodrigo Fernando. A ordem legal internacional e a regra da primazia do direito internacional. A posição do Supremo Tribunal Federal. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 57. jul. 2002. Disponível em: <<http://juris2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2957>>.

PIOVESAN, Flavia. *Sistema Internacional de proteção dos direitos humanos: inovações, avanços e desafios contemporâneos*. Direito Internacional no cenário contemporâneo. Organização de Wagner Menezes. Curitiba: Juruá, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2006.

VIEGAS, Vera Lúcia. *Ius cogens e o tema da nulidade dos tratados*. Direito Internacional público e integração econômica regional Coordenação de Luis Fernando Franceschini e Welber Barral. Curitiba: Juruá, 2001.

ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.





## RESPONSABILIDADE CIVIL DOS TABELIÃES E REGISTRADORES

Jorge Luis Costa Beber\*

O tema atinente à responsabilidade civil dos notários e registradores, mesmo após a edição da Lei n. 8.935/94, que regulamentou o art. 236 da Constituição Federal, continua, iniludivelmente, rendendo acesos debates, tanto na doutrina como na jurisprudência, máxime no que respeita à natureza jurídica de tal responsabilidade, se objetiva ou subjetiva. A unanimidade em torno do assunto está longe de ser alcançada, inclusive no STF, como mais adiante será abordado.

De início, parece-me de fundamental importância definir a função dos notários e oficiais de registro, a posição que ocupam na hierarquia estatal e a natureza da prestação dos serviços por eles praticados.

Com efeito, as funções dos tabeliães, tanto quanto dos oficiais de registro, decorrem de lei, daí serem seus deveres no exercício da função absolutamente legais.

A natureza dos serviços prestados é indubiosamente contratual, assumindo os notários, tabeliães e escreventes de notas obrigação de resultado, tal como assevera Maria Helena Diniz, razão pela qual respondem perante terceiros sobre os atos praticados em desacordo com os seus deveres legais (Responsabilidade civil, p. 210).

A dificuldade maior centra-se na discussão em torno da definição dos aludidos profissionais como funcionários públicos, de modo que decorrem deste ponto reflexos no tocante à responsabilidade civil objetiva do Estado pelos prejuízos causados pelos serviços notariais.

\* Juiz de Direito.

O art. 236 da Constituição Federal deixou assentado que os serviços notariais e de registro são exercidos “*em caráter privado, por delegação do Poder Público*”.

É exatamente desta coadjuvação entre o caráter privado e a delegação estatal que deve ser interpretada a responsabilidade civil, seja dos tabeliães e registradores, seja do Estado.

Para Humberto Theodoro Júnior a nova ordem constitucional timbrou como objetiva a responsabilidade civil dos notários e registradores “*dispensando a perquirição do elemento culpa*”, em face da regra inculpada no § 6º do art. 37 da Carta Magna, que equipara as pessoas de direito privado, prestadoras de serviço público, às pessoas jurídicas de direito público, em matéria de responsabilidade civil (RT 662/7).

Carlos Roberto Gonçalves, por sua vez, entende plenamente justificada a inserção dos notários e registradores no rol dos servidores públicos em sentido *lato*, a despeito do caráter privado como são exercidos os serviços que lhes são pertinentes, pois ocupam cargos criados por lei, com denominação própria e em número certo; são nomeados pelo Poder Público, mediante concurso público; gozam do direito de férias e licenças; estão sujeitos a regime disciplinar; contribuem para o Instituto de Previdência do Estado; fazem jus à aposentadoria nos termos do Estatuto dos Funcionários Públicos. Além disso, embora não remunerados diretamente pelos cofres públicos, o preço dos seus serviços, pagos pelo usuário, decorre de tabelas também aprovadas pelo Poder Público (Responsabilidade civil, Saraiva, p. 482 e seguintes).

O aludido autor, que é Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, cita José Renato Nalini para sustentar que o notário brasileiro é do tipo latino, ostentando natureza de funcionário público *sui generis*, pois, embora remunerado diretamente pela parte, mediante custas

e emolumentos, possui fé pública e está vinculado ao Poder Judiciário, que lhe fiscaliza os atos de ofício e exerce disciplina administrativa.

Yussef Said Cahali, no mesmo viés, também com supedâneo no §6º do art. 37 da Carta da República, defende o entendimento acerca da responsabilidade civil objetiva dos notários e oficiais de registro, tal como a do Estado.

Nada obstante o abalizado entendimento dos autores suso mencionados, estimo não ser viável imputar ao notário ou ao registrador uma responsabilidade civil com natureza objetiva.

Tal afirmação promana da exata dicção do art. 236 da Carta Magna, que requer exegese precisa do alcance emanado da expressão formada pelo binômio “*serviços praticados de caráter privado, por delegação do Poder Público*”.

Destarte, não tenho dúvidas em afirmar que a responsabilidade dos notários e registradores *é direta, mas não objetiva*, daí, não configurada a hipótese de dolo ou culpa, não há responsabilizá-los por eventuais danos causados no exercício das suas funções.

No direito vigente entre nós, toda a idéia da responsabilidade está vinculada à caracterização da culpa. Não há responsabilidade sem culpa, salvante nas hipóteses expressamente contempladas pela lei de infortunistica e do risco administrativo.

De outra parte, se é certo que o notário e o registrador ostentam responsabilidade direta, mas não objetiva, o mesmo não se pode dizer do Estado, que inegavelmente responderá sempre de forma objetiva se demandado por alguém prejudicado pelos erros dos tabeliães (STJ – REsp. n. 696.989/PE; REsp. n. 481.939/GO). O fundamento, nesta hipótese, é totalmente diverso, ou seja, a responsabilidade objetiva está centrada na escolha mal feita dos agentes para exercerem funções delegadas pelo Poder Público.

Caberá ao Estado, obviamente, demandar regressivamente o notário, mas deve comprovar que este agiu com dolo ou culpa, consoante, aliás, sustenta Clayton Reis, para quem o notário ou o registrador não devem sequer integrar a ação reparatória como denunciados. Podem, entretanto, intervir como assistentes da administração (RT 703, p. 19).

Não me curvo integralmente ao aludido pensamento, pois o usuário prejudicado pelo mau serviço prestado pelas serventias extrajudiciais não está compelido a ingressar com uma ação somente contra o Estado. Pode ele, querendo, sem óbice algum, dirigir diretamente sua pretensão contra o tabelião, notário ou registrador (Celso Antônio Bandeira de Melo — Responsabilidade do funcionário por ação direta do lesado, Revista de Direito Público 77/39). Deve, todavia, neste caso, *comprovar a existência do dolo ou da culpa, justo que a responsabilidade objetiva somente se compadece com o Poder Público*.

Logo, de duas uma: ou o prejudicado ingressa com uma ação contra o Estado, com base na responsabilidade objetiva, e este busca regressivamente seus prejuízos com o notário, provando a ocorrência de dolo ou culpa, ou, ao revés, o usuário, para fugir do precatório, demanda diretamente o tabelião ou registrador; neste caso, deverá fazer prova do comportamento doloso ou culposos com que este se houve na condução do seu mister.

O STF já decidiu nesse sentido:

Natureza estatal das atividades exercidas pelos serventuários titulares de cartórios e registros extrajudiciais, exercidas em caráter privado, por delegação do Poder Público. Responsabilidade objetiva do Estado pelos danos praticados a terceiros por esses servidores no exercício de tais funções, assegurado o direito de regresso contra o notário, *nos casos de dolo ou culpa* (grifei – RE n. 209.354, rel. Min. Carlos Velloso, RTJ 170:685).

É certo, e não se desconhece, que o mesmo Pretório Excelso já decidiu de forma diversa — e aqui a divergência que alhures anunciei —, conforme se infere da seguinte ementa:

Em se tratando de atividade cartorária exercida à luz do art. 236 da CF, a responsabilidade objetiva é do notário, no que assume posição semelhante à das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos (RE n. 201.595, rel. Min. Marco Aurélio, RTJ 178:418).

Perfilho-me ao entendimento sufragado pelo acórdão relatado pelo Ministro Carlos Velloso. E isso por uma razão muito simples: o tabelião brasileiro, diferentemente do notário francês, não está obrigado a verificar se as declarações prestadas pelas partes são verdadeiras ou não.

Além disso, a avaliação da identidade, capacidade e representação das partes, prescritas como integrantes da atividade notarial, deve ser interpretada dentro dos limites dos recursos do tabelião para o desempenho das suas atividades.

Deve ele, por certo, acautelar-se das exigências mínimas legais, de ordem formal, exterior. Nem se diga que há falsidade quando anunciado no instrumento lavrado que as pessoas que dele participaram foram reconhecidas como as próprias em face da documentação apresentada. Nos dias atuais, não se pode exigir que as pessoas sejam conhecidas do notário, e não é demais ressaltar que as expressões utilizadas pelo tabelião promanam de forma usual, há muito sacramentada e que é praxe nos cartórios. Não se admite que, hoje, os oficiais detenham conhecimento pessoal dos interessados que diariamente buscam os seus serviços.

O que se exige é que o notário aja com zelo e cautela na observância da regularidade das formas exteriores do ato. O tabelião, diga-se, *an passant*, sobrevive do trabalho que exerce para as pessoas que o procuram. Se ele as recebe sempre com a prevenção de serem desonestas, certamente em muito pouco tempo terá que se dedicar a outra atividade.

Abro, aqui, um pequeno mas necessário parêntese apenas para realçar que o tabelião tanto quanto os registradores montam suas estruturas sob regime do direito privado. Assume relevo, neste particular, a lição de Cláudio Martins:

*o notário brasileiro não é um empregado, é um empregador. E trabalha à base de clientela própria, tal uma empresa, podendo ganhar mais ou ganhar menos, conforme seu comportamento ético e aprimoramento profissional (Direito notarial, p. 8).*

Portanto, embora a atividade seja delegada, ela é prestada por conta e risco do titular da serventia, que tanto pode alcançar lucros como amellar prejuízos.

Feito tal destaque, observo que o notário, assim como um juiz, pode ser alvo de manobras criminosas.

Por acaso algum magistrado que realize uma audiência com um falso advogado, que se identifica formalmente com carteira adulterada da OAB, irá responder objetivamente pelos danos que a sua sentença ocasionar para terceiros?

Um juiz que ordene o cumprimento de uma carta precatória falsificada, oriunda de um suposto colega de uma comarca distante deste país de dimensões continentais, deve responder com o seu patrimônio pessoal pela fraude urdida da qual foi vitimado?

Definitivamente, penso que não.

Se o tabelião não tem a obrigação de examinar a veracidade das declarações dos interessados, que nada mais são do que atos de vontade destes, obrando com prudência em razão da apresentação de documentos expedidos por órgãos oficiais, acautelando-se nas mínimas exigências legais, de ordem formal, extrínsecas, não parece minimamente razoável exigir dele outro comportamento que não seja o de realizar o ato, ainda que futuramente venha a se constatar a prática de manobras fraudulentas, da qual

o notário não quis de modo algum participar, agindo, ainda, de forma a impedir que tal ilícito fosse consumado, dentro dos limites comuns e nas condições normais do trabalho cartorial.

Eduardo Couture, reconhecido processualista uruguaio, discorrendo sobre a fé pública, salienta que “*aun la verdade de la aeveración notarial queda sometida a las impugnaciones de falsedad e de simulación*”, justo que nenhum texto legal, em nenhum sistema jurídico, confere aos instrumentos notariais ou aos instrumentos públicos em geral “*una significación de verdad irrefragable*”. E isso porque o funcionário público não é infalível. Destarte, a “*fé pública no es, pues, sinónimo de verdad*” (Estudios de Derecho Procesal Civil, Editar Edidores, Buenos Aires, Tomo II, estudo sobre El Concepto de Fé Pública).

Para ilustrar o entendimento acerca da responsabilidade subjetiva dos tabeliães, transcrevo os seguintes precedentes jurisprudenciais:

Para que se reconheça a responsabilidade civil do notário ou do oficial de registro, que exerce função delegada do Poder Público, por acusação de causar prejuízos a terceiros, *é indispensável a prova de dolo ou culpa, do dano e do nexo causal entre ambos*, por se tratar de responsabilidade subjetiva. Apelação provida (grifei — TJMG — Ap. Cív. n. 1.0701.02.009188-3/001, de Uberaba, rel. Des. Pereira da Silva).

No mesmo norte:

*Só é cabível a responsabilização do serventuário se verificada a culpa do mesmo*, na lavratura de escritura com procuração falsa (grifei — TJMG — Ap. Cív. n. 2000.265.913-4/00, da comarca de São Lourenço, rel. Des. Jarbas Ladeira).

Ainda:

*APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL do tabelião subjetiva. Ausência de dolo ou culpa. Dever de indenizar não reconhecido.* Estando o título formalmente perfeito deve ser admitido e realizado o protesto, já que não compete ao tabelião investigar acerca da sua *causa debendi*. A responsabilidade dos

registradores é subjetiva, estando baseada na verificação da culpa. Inaplicabilidade do art. 37, § 6º, da CF. Hipótese em que a prova coligida aos autos demonstra que a Tabeliã agiu dentro dos limites impostos pela Lei nº 9.492/97, que regulamenta os serviços concernentes ao protesto de títulos e outros documentos. Culpa não evidenciada. Dever de indenizar que não se reconhece. Sentença mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos (grifei — TJRGS — Ap. Cív. n. 70012531711, 10ª Câm. Cív., rel. Des. Paulo Roberto Lessa Franz).

E mais:

RESPONSABILIDADE CIVIL. PROTESTO INDEVIDO. ILEGITIMIDADE DO TABELIÃO. A responsabilidade do tabelião por seus atos, assim como de seus prepostos, está regulamentada na Lei n. 9.492/97, nos artigos 8º e 38º. *O Tabelião não tem responsabilidade pelos documentos que lhe são apresentados e sua responsabilização é subjetiva, pressupondo a comprovação de culpa pelo evento danoso.* Não é o caso dos autos, onde o protesto se deu em razão da ausência de cautela da Cooperativa demandada ao cadastrar, de forma equivocada, o CPF do autor como sendo o do real devedor. DANO MORAL *IN RE IPSA*. QUANTUM MAJORADO PARA ATENDER OS PARÂMETROS ADOTADOS POR ESTA TURMA. SENTENÇA MODIFICADA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO (grifei – TJRGS — Recurso Cível n. 71001150424, Terceira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, rel. Carlos Eduardo Richinitti, julgado em 10-4-2007).

Finalmente:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. PROTESTO DE TÍTULO SEM CAUSA JURÍDICA. FRAUDE NA EMISSÃO DO TÍTULO DE CRÉDITO. COMPRAS PELA INTERNET. CANCELAMENTO DO PROTESTO. FORMALIDADES ESSENCIAIS. AÇÃO CONTRA O TABELIÃO RESPONSÁVEL PELO CARTÓRIO DE PROTESTOS. 1. *Responsabilidade civil do notário é subjetiva, nos termos do art. 38, da Lei n. 9.492/97. Não demonstrado o dolo ou culpa deste, não há falar em indenização por danos materiais ou morais.* 2. Ademais, na impossibilidade de apresentação do original



do título ou documento de dívida protestado, será exigida a declaração de anuência, com identificação e firma reconhecida, daquele que figurou no registro de protesto como credor, originário ou por endosso translativo, consoante os termos do §1º do art. 26 da Lei n. 9.492/97. Ato lícito incapaz de ensejar danos morais ou materiais. Apelação cível desprovida. Unânime (grifei – TJRGS — Apelação Cível n. 70016078396, Décima Oitava Câmara Cível, rel. Des. Mário Rocha Lopes Filho, julgada em 24-8-2006).

Em resumo: a mesma responsabilidade objetiva que o prejudicado pode exercitar em desfavor do Estado não pode imputar aos notários e registradores. Quanto a estes, exige-se prova do dolo ou da culpa, mesmo na ação regressiva estatal, razão por que, tendo o tabelião usado das normais precauções no desempenho do seu ofício, baseadas em documentos e asseverações aparentemente autênticas e idôneas, não pode ser responsabilizado objetivamente por algum dano causado em desfavor da esfera jurídica de terceiros.



# NOTICIÁRIO

---



## **DISCURSO DE SAUDAÇÃO, EM NOME DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA, NA POSSE DOS NOVOS DESEMBARGADORES**

Des. Nelson Juliano Schaefer Martins

Senhor Desembargador Presidente, autoridades que compõem a mesa, senhoras e senhores desembargadores.

A data de hoje, 31 de outubro de 2007, no mês em que são comemorados os 116 anos de instalação do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, inscreve-se definitivamente na história do Judiciário e dos registros da política e da sociedade catarinense. Das 10 novas vagas criadas pela Lei Complementar n. 388, de 25-7-2007, nove são providas com a ascensão de oito honrados juízes de carreira e um dos mais destacados integrantes do Ministério Público nas últimas décadas.

Jaime Ramos, Alexandre D'Ivanenko, Newton Janke, Jorge Henrique Schaefer Martins, Marli Mosimann Vargas e Sérgio Izidoro Heil ingressaram na magistratura há quase 26 anos. Lédio Rosa de Andrade e José Carlos Carstens Köhler assumiram há 25 anos. Dos juízes de carreira empossados, com exceção de Alexandre D'Ivanenko, os demais já atuam no Tribunal na condição de juízes de direito de segundo grau. Alexandre D'Ivanenko é juiz da comarca da Capital há 15 anos.

Moacyr de Moraes Lima Filho integra o Ministério Público há 35 anos, é procurador de justiça desde 1984 e exerceu por duas vezes os cargos de Corregedor-Geral do Ministério Público e de Procurador-Geral de Justiça.

Como é possível constatar, todos os novos desembargadores são profissionais com larga experiência na atividade jurídica e profunda vivência no trato da coisa pública e das questões de interesse social. São juízes e um

procurador de justiça que adotam em suas trajetórias pessoais e funcionais os preceitos da ética e da moral. No exercício de suas atividades, estão atentos às virtudes do bom senso, da eqüidade, da retidão de caráter, da prudência, da integridade, da sensatez, da moderação, da honestidade, da coragem e do conhecimento.

A partir de hoje, os oito juízes e o procurador de justiça passam a exercer todas as prerrogativas do tribunal pleno, com a participação nas deliberações de caráter administrativo e institucional, nas decisões a respeito do controle concentrado da constitucionalidade das leis e dos atos normativos, nas eleições para os cargos diretivos do Poder Judiciário, até mesmo como candidatos, e na composição das diversas comissões temáticas.

Familiares, cônjuges e amigos dos empossandos: orgulhem-se, emocionem-se, rejubilem-se. Todos testemunharam quão longo, sofrido, fatigante e por vezes frustrante foi o caminho percorrido. O objetivo foi, todavia, alcançado. Outra luminosa etapa tem início.

Esposas e marido, filhos, filhas, pais, mães, irmãos e irmãs compartilharam os sofrimentos e as alegrias de cada fase concluída, de cada passo adiante nas promoções, de cada sentença confirmada pelo Tribunal, de cada decisão enaltecida pela sociedade.

Por isso, a emocionada homenagem de todos, neste momento, vai para Maria de Fátima Abreu Ramos, esposa do Des. Jaime Ramos e seus filhos Maria Eduarda, Maria Elisa e André Leonardo; Regina de Fátima Camargo D'Ivanenko, esposa do Des. Alexandre D'Ivanenko, e seus filhos Cíntia, Tiago e Gregório; Denise Wolter Janke, esposa do Des. Newton Janke, e suas filhas Lígia e Isabel; Ana Maria Lima de Carvalho, esposa do Des. Lédio Rosa de Andrade, e suas filhas Lidiane, Karina e Laís; Iracema Santos de Moraes Lima, esposa do Des. Moacyr de Moraes Lima Filho e seus filhos Ana Lúcia, Rafael e Patrícia; Cássia Vieira Goulart Martins, esposa do Des. Jorge e seus filhos Jorge Henrique e Eduardo; Ivo Vargas

Filho, esposo da Des. Marli Mosimam Vargas; Rosana Castro Chaves Heil, esposa do Des. Sérgio Heil, e seus filhos Sérgio Augusto, Gustavo e a encantadora Lara; e Rosane Wolf, noiva do Des. José Carlos Carstens Köhler.

Estão entre nós, do alto de seus 80 anos de dignidade e honradez, o Des. Wladimir D'Ivanenko e D. Nilza Iolanda Gallotti D'Ivanenko, pais do Des. Alexandre D'Ivaneko; Guiomar da Silva Heil, mãe do Des. Sérgio; o juiz paranaense Miguel Horst Bompeixe Köhler e Marli Nelsina Carstens Köhler, pais do Des. José Carlos Carstens Köhler, e seu avô materno, Carlos (Carlito) Bompeixe Carstens, com 87 anos de idade.

A nossa respeitosa saudação à memória dos entes queridos, que se encontram em outro plano espiritual e a quem enviamos nossas melhores e mais elevadas vibrações: Jonas Ramos e Eliza Granamann Ramos, pais do Des. Jaime Ramos; Erico Janke e Thecla Carolina Scheidt Janke, pais do Des. Newton; Arnaldo Campos de Andrade e Cecília Martins Rosa, pais do Des. Lédio Rosa de Andrade; Nelson Antunes Martins, nosso pai, meu e do Jorge; Alaíde Debrassi Mosimann e Norival Mosimann, pais da Des. Marli Mosimam; Urbano Heil, pai do Des. Sérgio Heil; e Moacyr de Moraes Lima e Ilza Hildebrand Lima, pais do Des. Moacyr de Moraes Lima Filho.

Com a graça de Deus, aqui está nossa mãe, Therezinha Schaefer Martins, que pode assistir com saúde e alegria à vitória do Jorge.

Os 40 integrantes do Tribunal de Justiça que elegeram os desembargadores ora empossandos reconhecem as melhores qualidades desses admiráveis colegas, celebram seu ingresso na Corte Estadual e os recebem com afeto, admiração e muito esperança.

Esperança temperada com a confiança de que os novos integrantes do Tribunal contribuirão para a boa, ágil, eficiente e eficaz distribuição da justiça, o que torna menos penosa a tarefa dos que aqui já estão, cada

dia mais extenuante. A sociedade, coletivamente ou por seus indivíduos e cidadãos, consciente de suas prerrogativas e à mercê da crença que deposita na instituição do Poder Judiciário, apresenta suas demandas e exigências e reclama a cada dia com mais intensidade a efetivação de seus direitos.

O Presidente do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Des. Pedro Manoel Abreu, com coragem, obstinação e persistência liderou democraticamente, por longos meses, o difícil processo de discussão acerca da ampliação do número de desembargadores.

Atendeu aos ditames de sua consciência de pesquisador e de cientista do Direito e de sua responsabilidade de planejar o futuro da instituição, de traçar-lhe as diretrizes para a otimização dos seus serviços, de contribuir para a afirmação dos postulados de eficiência, eficácia e efetividade da jurisdição. Agiu no sentido de tornar concretos os princípios do acesso à ordem jurídica justa e da razoável duração dos processos e da celeridade de sua tramitação, este introduzido pela Emenda Constitucional n. 45 de 2004.

O Presidente Pedro Manoel Abreu perseverou, e nisso teve o apoio de seus pares, no propósito de dotar não apenas o Tribunal, mas toda a estrutura do judiciário catarinense, de meios, condições e instrumentos que permitam ao aparelho da justiça estadual atender adequada e tempestivamente às aspirações e demandas dos jurisdicionados.

O Tribunal amplia-se no número de integrantes. As repercussões e conseqüências dessa expansão extrapolam, e muito, a simples circunstância do aumento de rendimento e produtividade. Acima de tudo, o ingresso de mais nove desembargadores e mais um que virá indicado pela Ordem dos Advogados do Brasil reforça a legitimidade do Judiciário como instituição política perante a sociedade e seus cidadãos.

O acesso à justiça alarga-se com a produção de decisões que efetivam os direitos fundamentais e consolidam os postulados da democracia



e da república. O poder político-jurídico do Tribunal multiplica-se com a afirmação da supremacia da Constituição e de seus princípios. Cabe-nos, na condição de agentes políticos do Estado, conforme sugere Paulo Bonavides, estabelecer no domínio da prática e no âmbito territorial do Estado de Santa Catarina a república da liberdade e dos direitos fundamentais, em atendimento às aspirações do povo de nosso Estado<sup>1</sup>.

O caminho para a afirmação de todos os direitos em benefício de toda a sociedade nos exige disciplina e perseverança no árduo trabalho da escavação para a descoberta da verdade no processo, no estudo com escrupulosa diligência de todas as causas, no espírito de vigília permanente e de combate à cômoda indiferença, na independência e na resistência às interferências e pressões políticas, econômicas e midiáticas, na intransigência com a corrupção em todos os níveis e setores da administração pública, inclusive no Judiciário<sup>2</sup>.

Debaixo da ponte da justiça, lembra Calamandrei, passam todas as dores, todas as misérias, todas as aberrações, todas as opiniões políticas, todos os interesses sociais. [...] Justiça é compreensão, isto é, abarcar e conciliar interesses opostos: a sociedade de hoje e (com) as esperanças de amanhã, as razões de quem defende (com aquelas) e as de quem a acusa. Disso estão conscientes todos os nossos novos colegas.

Antes de concluir, apresentamos nossos agradecimentos aos senhores deputados da augusta Assembléia Legislativa na pessoa de seu Presidente, o Deputado Júlio Garcia. Os senhores parlamentares, sensíveis às aspirações da comunidade jurídica de nosso Estado e atentos às expectativas e esperanças da sociedade que clama por uma distribuição de justiça ágil e sintonizada com os seus elevados valores, aprovaram por unanimidade de votos o projeto de lei de ampliação de vagas encaminhado por este Tribunal.

1 BONAVIDES, Paulo. Senado Federal e STF: queda e ascensão. *Folha de S.Paulo*, São Paulo, 26 out. 2007. p. A3.

2 Adaptação do texto de CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por um advogado*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1995. p. 277.

Nosso reconhecimento aos Exmos. Srs. Governador do Estado, Dr. Luiz Henrique da Silveira, e Vice-Governador, Leonel Pavan. O primeiro, em gesto de cortesia, sancionou a Lei Complementar n. 388, de 25-7-2007, nas dependências do gabinete da presidência do Tribunal, e o segundo a tudo acompanhou e apoiou.

O Tribunal reencontra-se e reconcilia-se consigo mesmo e com a sociedade catarinense.

Reencontra-se pois ajusta-se às demandas sociais ao alargar sua estrutura jurisdicional com o reforço de inteligências e capacidades produtivas para apresentar, com maior rapidez, agilidade, democracia e espírito republicano, soluções aos conflitos interindividuais e coletivos.

Reconcilia-se porque acolhe seus novos integrantes com sinceridade e alegria, de braços estendidos e corações abertos, e permite-se às agradáveis experiências de bom convívio, com o compartilhamento entusiasmado das conquistas da instituição, a divisão solidária das responsabilidades e o respeito e a tolerância com as divergências ideológicas e de convicção.

Obrigado.

## DISCURSO DE POSSE DO DR. JAIME RAMOS NO CARGO DE DESEMBARGADOR

“A Paz é o fruto da Justiça” (Profeta Isaías).

Excelentíssimo Senhor Desembargador Pedro Manoel Abreu, Presidente do egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Excelentíssimo Senhor Leonel Pavan, Governador do Estado em exercício, Excelentíssimo Senhor Deputado Júlio Garcia, Presidente da Assembléia Legislativa.

Cumprimento, também, os demais integrantes da Mesa.

Caríssimos colegas Desembargadores e demais Magistrados, operosos Membros do Ministério Público, dignos Advogados, Servidores do Poder Judiciário, queridos familiares e amigos, senhoras e senhores.

Agradecemos, inicialmente, ao Excelentíssimo Senhor Desembargador Nelson Schaefer Martins pelas palavras generosas que nos dirigiu. Vossa Excelência, como um dos mais dinâmicos e operosos desembargadores deste Tribunal, expressa os sentimentos de quem é culto, estudioso, educado, respeitoso, sensível, virtuoso, amigo sincero e fraterno. As pessoas que nos são caras sempre fazem de nós juízos valorativos e conceituais bem mais significativos do que a realidade nos faz merecedores. Por isso, suas palavras são tão carinhosas. Tenha a certeza de que de longa data nos sentimos exultantes por privarmos de sua amizade.

Caríssimos ouvintes:

Não falo por mim. Falo por todos os empossados provindos da magistratura de primeiro grau. Procurarei refletir nesta obra coletiva, tanto quanto possível, a opinião generalizada, se não a de todos, ao menos a da maioria.

Decidimos não lamentar as dificuldades e os percalços de nossa peregrinação pelo Estado de Santa Catarina ao longo de nossa carreira, nem o exagerado volume de serviço que incessantemente carregamos nos ombros e ainda haveremos de suportar; a imprecisão das normas jurídicas e o exagerado número de recursos a retardar ainda mais a prestação jurisdicional, as mazelas sociais, a expansão da criminalidade, com sua requintada violência, e a proliferação dos conflitos coletivos e interindividuais; a crise dos sentimentos éticos; dentre muitos outros problemas.

É claro que essas e tantas outras questões do cotidiano nos preocupam grandemente.

Mas hoje não é dia de falar de crises e problemas, afinal, estamos em festa! Além de estarmos ainda comemorando os 116 anos de instalação do Tribunal de Justiça, este dia é muito especial para nós. Um dia histórico! Estamos sumamente felizes por termos conseguido finalmente galgar o mais alto grau da carreira da magistratura catarinense, o cargo de Desembargador. Estamos em estado de graça. Aproveitamos este momento para, desde logo, agradecer aos eminentes desembargadores, por nos terem escolhido como seus pares. Para nós, é motivo de incomensurável orgulho fazer parte deste extraordinário Tribunal, integrado por pessoas de bem, honradas, capazes e operosas como são Vossas Excelências.

Lembramo-nos com saudade do momento em que, há aproximadamente 25 e 26 anos, tomamos posse no cargo de Juiz Substituto, com o ideal, que motiva todo membro iniciante do Poder Judiciário, de fazer justiça a todos os jurisdicionados, aplicando as normas jurídicas aos casos concretos, sob nossa livre, imparcial e motivada interpretação, ou criando literalmente o Direito para preencher as lacunas legislativas, com o auxílio de todas as fontes do direito, inclusive os seus princípios gerais, os costumes e a equidade. E, assim, com toda a segurança jurídica, garantir as liberdades, privilegiar a igualdade e atingir a paz social, que são os valores ético-

jurídicos consecutivos mais importantes, como dizia o Professor mexicano Eduardo García Máynez. Enfim, mediante as garantias constitucionais do devido processo legal procedimental e substantivo, sempre estive em nosso propósito a busca da satisfação do bem comum, a felicidade coletiva que o Estado, do qual fazemos parte como agentes políticos, numa sociedade fraterna e solidária, tem o dever de realizar para todos, indistintamente, com respeito à vida e à dignidade do ser humano.

Animados por esse mais puro ideal que desde então nos acompanha, com bom senso, razoabilidade, proporcionalidade e responsabilidade, atentos à realidade de cada caso concreto e à reserva do possível, temos procurado agir sempre imbuídos dessas intenções, em todos os nossos julgamentos.

Ao longo de todos esses anos, assistimos a diversas mudanças políticas, sociais e econômicas. Acompanhamos com vivo interesse a expansão tecnológica. Da máquina de escrever manual à completa informatização dos serviços judiciais, que trouxe extraordinária colaboração na solução dos litígios. Do estertor do regime ditatorial à implantação e à manutenção do Estado Democrático de Direito, que jamais poderá fenecer. Do pernicioso ciclo inflacionário à estabilização econômica, após diversos planos econômicos frustrados, que fizeram aumentar ainda mais a carga do Poder Judiciário. O campo esvaziou e a cidade cresceu em população e problemas sociais. A globalização aproximou os povos e abriu caminho para uma ordem jurídica cosmopolita, especialmente no que tange aos direitos humanos e à economia. No campo interno do Direito, foram várias as normas jurídicas criadas e alteradas, geralmente para melhor: a Constituição Cidadã e suas emendas, o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código de Defesa do Consumidor, o novo Código Civil, a implantação dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais; outras leis se preocupam com a saúde do meio ambiente e da população, com o trânsito de veículos e

pessoas, com a proibidade administrativa e com a tentativa de conter a violência e o tráfico de drogas. E muito mais.

Adaptamo-nos a todas as transformações. Sempre fomos conscientes da necessidade de mudanças que sejam capazes de atender aos reclamos sociais.

Não obstante a pleora de leis que compõem o ordenamento jurídico nacional, testemunhamos o reconhecimento da primazia dos princípios ético-jurídicos sobre o Direito legislado, respalda na Constituição e no Direito natural. Afinal, o Juiz não é apenas a “boca da lei”, como queria Montesquieu. Ele é muito mais do que isso. Além de interpretar a norma jurídica e aplicar o Direito com auxílio de todas as suas fontes, o juiz pode criar literalmente o Direito para resolver o caso concreto, mormente quando a lei é obscura, lacunosa, inconstitucional ou injusta. Divisamos no horizonte a aproximação do Sistema Jurídico Romano-Germânico com o Sistema Jurídico da *Common Law*, em que a força dos precedentes judiciais é fundamental para a construção e a aplicação do Direito tido por vigente.

O longo tempo de Magistratura não desfez o ideal que abraçamos desde o início. Continuamos procurando distribuir justiça a todos e atribuir certeza ao Direito, mesmo depois de todas essas transformações.

Mas o exercício idealista da jurisdição não seria possível senão com o apoio, a orientação, a colaboração e o respeito de nossos colegas juízes e desembargadores, bem como de nossos dedicados escrivães, secretários e assessores jurídicos e demais servidores judiciais; dos advogados e dos igualmente operosos membros do Ministério Público. Senão também de nossos amigos. A todos rendemos nossa homenagem e nossa gratidão.

Em verdade, nossos pais e nossas mães são os primeiros responsáveis pelo nosso sucesso, porque foram eles que, com muito amor, nos deram existência. E com a educação que nos proporcionaram, moldaram nosso

caráter e nos conduziram pelos caminhos da justiça, da liberdade e do bem. Lamentamos que alguns desses entes queridos já não se encontram mais em nosso meio. Sempre gratos, deles nos lembramos com saudade. Temos certeza de que, onde estiverem, estarão sempre a velar por nós. E os pais e as mães que aqui se encontram, como representantes de todos, queiram receber a nossa mais profunda manifestação de amor, carinho, admiração, respeito e gratidão por tudo o que fizeram e têm feito por nós. Jamais esqueceremos. Somos eternamente gratos.

A família, qualquer que seja a sua constituição, continua sendo a base da sociedade.

Nossos avós, tios, primos, irmãos e irmãs, sobrinhos, sogros e sogras também acompanharam a nossa trajetória desde os primórdios de nosso relacionamento. Podemos creditar-lhes boa parte desse sucesso e agradecer-lhes pelo sempre presente incentivo, pelo carinhoso afeto e pela colaboração.

Aos nossos cônjuges ou companheiros e aos nossos filhos, que nos acompanharam resignados, por todas as Comarcas, onde quer que elas se localizassem, longe ou perto, boa ou inóspita, precisamos pedir desculpas pela nossa reiterada ausência no lar, em face de nosso expediente sempre dilatado na repartição forense, como freqüentemente exige a carga desumana de serviço. Ao mesmo tempo, regozijamo-nos por estarmos sempre juntos, física ou mentalmente, qualquer que seja a distância. Vocês são nossas companhias indispensáveis. Nós amamos vocês com toda a força de nosso coração e não cansaremos de proclamar suas inúmeras virtudes. Esse agradável convívio com o companheiro e com a companheira de todas as horas e com os filhos nos convida a voar cada vez mais alto e melhor, como o fazia Fernão Capelo Gaivota. Vocês nos completam. Vocês complementam nossos sentidos como se fizessem parte de nós mesmos, tão próximos se encontram. Por tudo isso, pelo carinho, pela resignação e pelo incentivo

durante toda a nossa carreira, só temos a agradecer profundamente. Todas as palavras que dissermos serão poucas diante da grandeza da participação de nossos companheiros e filhos em nossa vida. Peço licença aos colegas empossados para gozar do privilégio de individualizar minha homenagem sincera e emocionada à minha mulher, Maria de Fátima, e a nossos filhos Maria Eduarda, Maria Elisa e André Leonardo, com quem partilho neste momento a alegria desta conquista. Vocês merecem muito mais do que eu lhes tenho oferecido.

A Deus, ou qualquer que seja a entidade espiritual protetora e inspiradora de cada um, elevemos nossas preces para que continue nos protegendo e iluminando na busca da verdade, da justiça e da paz social. Ele que sempre foi tão generoso conosco, porque nos concedeu muito mais do que pedimos e muito mais do que merecemos.

Encerramos com a promessa de que, não obstante a maior responsabilidade que ora assumimos, continuaremos suplantando problemas, alterando destinos e adversidades, para cumprir nosso ideal de distribuir Justiça, com igualdade, liberdade e segurança jurídica, a fim de reduzir as desigualdades, fomentar a paz, a concórdia, o respeito à vida e à dignidade humana, a fraternidade e a solidariedade entre os povos, com a esperança de que um dia, sem distinção, todos possam atingir o bem comum e a felicidade geral.

Senhoras e Senhores: sintam-se convidados a participar desse desiderato!



## DISCURSO DE POSSE DO DR. MOACYR DE MORAIS LIMA FILHO NO CARGO DE DESEMBARGADOR

Excelentíssimo Senhor Presidente do Tribunal de Justiça, Desembargador Pedro Manoel Abreu, Excelentíssimo Senhor Presidente da Assembléia Legislativa, Deputado Júlio Garcia, Excelentíssimo Senhor Governador do Estado, em exercício, Leonel Pavan, Excelentíssimo Senhor Chefe do Ministério Público Estadual, Procurador-Geral de Justiça Gercino Gérson Gomes Neto, Excelentíssimos Senhores membros e representantes dos três Poderes e do Ministério Público, Excelentíssimas autoridades militares e religiosas, Excelentíssimas autoridades federais, Excelentíssimas autoridades municipais, meus caros amigos, meus queridos familiares, senhoras e senhores.

Se a paz social reverberasse por si só, seria inimaginável um encontro como este.

Se houvesse tranqüilidade nas ruas e harmonia nas relações sociais, não haveria perguntas a serem respondidas, nem ações a serem julgadas.

Se não houvesse conflitos sociais, seria inútil qualquer tipo de arbitragem, seria dispensável qualquer sistema de justiça.

Uma sociedade que não tem convicção de seus valores, que não tem consciência de seus fundamentos, que não se empenha na preservação de seus princípios, acaba gerando instituições frágeis e impotentes para garantir a paz e a justiça social.

O aplauso da população a um filme como “Tropa de elite” encerra interpretações e lições que preocupam, podendo-se antever um quadro social indesejável — uma população armada, agindo por conta própria ou por meio de terceiros, que apóia eventuais milícias —, exige medidas como a redução da idade penal e a adoção da pena de morte.

Dizia Frederick Douglas, há dois séculos, que “Onde a justiça é negada, onde a pobreza é forçada, onde a ignorância prevalece e onde todas as classes são levadas a sentir que a sociedade é uma conspiração organizada para oprimir, roubar e degradá-las, nem pessoas e nem propriedades estarão a salvo”.

Se o presente é tão perturbador — e fomos nós que o construímos —, o que podemos imaginar para o futuro?

Se olharmos estrategicamente para daqui a dez anos, como imaginamos nossas ruas, nossas praças, nossas escolas, nossos bairros, nossas cidades, nossas casas?

Que tranqüilidade desfrutarão nossas crianças, nossos idosos, nossas famílias, que paz terão os cidadãos?

Que sociedade queremos e planejamos para nós e nossos filhos?

A partir de 1995, quando chefiamos o Ministério Público Estadual, priorizamos ações em defesa da infância e juventude, apoiados especialmente pelo trabalho abnegado dos Promotores e Promotoras que atuavam e atuam nesta área, que aqui cumprimento e agradeço, e ressaltado, entre eles, o atual Procurador-Geral de Justiça, Doutor Gercino Gerson Gomes Neto.

A iniciativa era inspiradora. Derivava da percepção do trabalho social que minha filha Patrícia, como psicóloga, realizava nas comunidades mais desassistidas de Florianópolis e ainda persiste em executar.

Acolhi aquela idéia como uma oportunidade para refletir, aprender e dar-lhe seqüência. Tive na Procuradora de Justiça Rosa Maria Garcia, que aceitou o meu convite para coordenar o Centro das Promotorias da Infância e Juventude, à qual agradeço, a liderança necessária ao desenvolvimento do projeto, que acabou por receber o reconhecimento internacional, espelhado pela outorga ao Ministério Público de Santa Catarina do “Prêmio

Sócio-Educando” pelas medidas socioeducativas implementadas no âmbito de competência da Instituição, em 1998, concedido pelo Unicef e pelo Ilanud, entidades das Nações Unidas (ONU).

O diagnóstico realizado à época apontava uma inquietante e crescente condução do jovem para o tráfico de drogas, a prostituição, o desemprego e a desocupação.

Genericamente, era conseqüência de equívocos e omissões acumulados. O que mudou até hoje?

Se os anos 60 ficaram marcados pela luta dos jovens pela liberdade e pela paz, e se a realidade permanece cruel, precisamos manter projetada a imagem de um mundo melhor, pois, como já afirmado, “temos um sonho”, “o sonho continua”.

Vivemos aqueles dias, avançamos pelo tempo e agora estamos conectados a uma geração irrequieta, efervescente, profundamente influenciada pelas novas tecnologias, pela universalização de informações, pelo questionamento de valores, pela multiplicação de escolhas e por novos códigos de conduta.

Nestes anos de dúvidas e mudanças, talvez não tenhamos percebido, talvez não tenhamos feito o suficiente para compreendê-las, nem o bastante para ajustar nossas estruturas sociais, nossas ações funcionais à realidade das ruas que está a nossa porta, já penetrou em nossos lares, invadiu nossa vida.

Dediquei-me ao Ministério Público por mais de 35 anos, ao lado de colegas que homenageio neste momento, renovando valores, fortes no combate à criminalidade, às injustiças e às ameaças aos direitos e deveres insculpidos na legislação brasileira, convicto de que vale a pena lutar pela liberdade.

Liberdade de ir e vir. Liberdade de sair à noite. Liberdade para trabalhar, para se reunir, descansar. Liberdade de viver. Liberdade de pensar, pois, como afirmado por Valdir Sznick: “A liberdade humana é uma conquista através dos tempos e dos povos – a história comprova essa movimentação contínua em prol da liberdade. Não é só um conceito vago, mas quem fala em liberdade, fala em respeito à pessoa humana e a todas as suas manifestações”.

Gandhi dizia que só se perde a liberdade por culpa da própria fraqueza.

“Aqueles que tornam impossível uma revolução pacífica tornam inevitável uma revolução violenta”, repetia John Kennedy.

Nesta caminhada, encontrei sempre amparo na amizade sincera e apoio dos Procuradores de Justiça Robison Westphal, Anselmo Agostinho da Silva e José Eduardo Orofino da Luz Fontes, aos quais rendo minha gratidão e minhas homenagens.

Também, de modo especial, quero proclamar e agradecer a lealdade e o esmero dos Promotores de Justiça Rogério Antônio da Luz Bertoncini e Sidney Eloy Dalabrida, sempre presentes e comprometidos com as ações que desenvolvemos em favor e em defesa do Ministério Público, quer internamente, quer com outras instituições da sociedade.

À minha família, à minha esposa, aos meus filhos e netos sou profundamente grato pela compreensão e pelo amor.

O meu agradecimento ao Colégio de Procuradores de Justiça e ao Tribunal Pleno pela indicação, e, em especial, ao Governador Luiz Henrique da Silveira pela escolha de meu nome para a honrada função que ora assumo.

Aqui estamos não apenas para cumprir o ritual de uma solenidade, ou para trocar cumprimentos e afagos; aqui estamos também para reafirmar

diante da sociedade o nosso comprometimento com a causa da liberdade, da justiça e da paz.

Deste compromisso não arredarei pé, nem se arrefecerá meu ânimo, reafirmo agora no Judiciário os mesmos valores e princípios que sempre defendi.

Aos meus colegas de toga tenho a dizer que, mais que a experiência e o conhecimento acumulados, chego com a disposição de aprender e lutar pelas causas da justiça, atento às demandas sociais, fiel às obrigações do cargo, pois tenho bem claro que, quando somos duros na aplicação da lei, estamos, na verdade, defendendo estes valores, razão maior da investidura em nossas funções.

“O mundo não está ameaçado pelas más pessoas, mas, sim, por aqueles que permitem a maldade”, afirmava Albert Einstein.

Para Cesare Cantú: “A autoridade é necessária para tutelar a liberdade de cada um contra a invasão de todos, e a liberdade de todos contra os atentados de cada um”.

Quando exercemos a autoridade jurídica, na essência estamos preservando a liberdade dos cidadãos, o sossego dos idosos, a candura das crianças.

Dizia Theodore Roosevelt: “A justiça não consiste em ser neutro entre o certo e o errado, mas em descobrir o certo e sustentá-lo, onde quer que ele se encontre, contra o errado”.

Cabe a nós esta missão. Cabe a nós guardar a liberdade, defender a vida, promover a justiça e preservar a paz social.

Muito obrigado.

## DISCURSO DE DESPEDIDA DO DESEMBARGADOR PEDRO MANOEL ABREU DO CARGO DE PRESIDENTE DO TJSC

Excelentíssimo Senhor Governador do Estado de Santa Catarina, Excelentíssimo Senhor Presidente da Assembléia Legislativa, Senhoras Desembargadoras e Senhores Desembargadores, Excelentíssimas autoridades que prestigiam a presente solenidade, Senhores Senadores da República, Senhores Deputados Federais e Estaduais, Excelentíssimos Senhores ex-presidentes desta Corte, Desembargadores Aposentados, Senhores Juízes, Procuradores de Justiça, Procuradores do Estado, Promotores de Justiça, Senhores Advogados, Serventuários de Justiça, Senhores convidados, amigos dos empossandos, familiares, Senhoras e Senhores.

A mesma emoção que senti quando fui empossado no cargo de Presidente deste Tribunal, em 1º de fevereiro de 2006, invade-me o espírito neste momento em que se cumpre o ciclo democrático de troca de comando administrativo, renovando-se o corpo diretivo desta Casa centenária, laureada por sua história de dignidade e de respeito às tradições de nossa cultura, de nossa gente, de nosso povo. De minha parte, saio com o coração leve, aliviado dessa responsabilidade tão ingente, com o sentimento de dever cumprido. Cumpro, também, mais um ciclo de minha vida. Concluo, mercê de Deus e de meus pares, um projeto de Administração concebido e executado por muitos, num esforço sinfônico de renovação criativa, no garimpo contínuo do engenho e da inteligência de todos quantos se dispuseram a servir e a se incorporar num modelo de gestão comprometido com a participação e a democracia. O eventual êxito dessa gestão, pontificada no planejamento, na racionalização e na descentralização, deve ser compartilhado com todos, do mais alto corpo diretivo desta Corte aos conselheiros, assessores, diretores, magistrados e servidores.

Não pretendo, nesta oportunidade, todavia, prolongar-me em exposição fastidiosa dos feitos, certamente importantes, da gestão que finda. Quem sai recomenda a prudência, deve pouco dizer e permitir que todas as atenções se voltem para quem chega. É a hora do novo, de um outro projeto, de uma nova história. Quem sai deve muito mais ser lembrado pelo silêncio eloqüente do que por sua retórica. Falam por ele suas obras. Se boas, para serem lembradas. Se más, para serem esquecidas! A experiência me tem ensinado, ao longo desse tempo, que administrar, gerir bens e principalmente pessoas, administrar um Poder representa muito mais que um projeto pessoal, uma missão social e política, também um aprendizado de vida. Conheci muita gente, convivi com personalidades do âmbito político, institucional, cultural, social e econômico, em nível local, estadual e nacional. Minha vida cruzou o caminho de muitas pessoas e de muitos lugares. Pude vislumbrar horizontes mais distantes no plano intelectual e pessoal e realidades mais complexas, a permitir avaliação continuada de propósitos. Convivi com pessoas de todas as origens, com profissionais de todas as áreas, da Advocacia, do Ministério Público, da imprensa, da política e com gente simples do povo. Vislumbrei, em todos, o desejo ingente da construção de uma sociedade realmente justa, democrática, e de uma justiça efetivamente cidadã. Aprendi, ao longo dessa trajetória, que administrar é mais do que tudo o exercício do bem. É tornar benfazejas as nossas ações. É ser conseqüente com as nossas verdades, com a nossa crença, com a nossa ideologia. É ser agente do bem. Agir movido pelo sentimento de justiça, entendida aqui como verbo, numa verdadeira expressão de espiritualidade! E, para ser conseqüente, dirigir o Judiciário, o Templo da Justiça, deve ser um exercício virtuoso, voltado para o bem comum, para o bem-estar de todos, não para satisfazer a cupidez, a ambição ou o mero exercício narcísico de poder. Sinto-me reconfortado por ter tido a oportunidade de concretizar, ao longo dessa trajetória, muitos projetos, ousar, ter acreditado nas utopias de muitos sonhadores que me inspiraram nessa jornada, cúmplices do compromisso de bem servir a este Estado de

Santa Catarina, orgulho de todos nós, referência nacional, paradigma de modelo social e econômico, que tem, sim, na sua gente o seu maior patrimônio, e que tem o melhor Judiciário do País. Muito mais do que obras físicas, procurou-se criar um espírito de coesão, de amor institucional, um compromisso dialógico com a sociedade; criar vínculos profundos do Judiciário com o meio social; destacá-lo como *locus* de efetivação de direitos e de concretização da cidadania; perseguir esse objetivo obstinadamente, balizando as ações administrativas nessa vertente. Para tanto, apostou-se muito na comunicação social, no desenvolvimento tecnológico, na racionalização, no planejamento, no conhecimento, na capacitação, nas modernas técnicas de gestão pública, enfim, na profissionalização da Administração, que não se interrompe, que se projeta para o futuro e se desenvolve independentemente de seus atores. É com essa compreensão que desejo de todo o coração que os novos dirigentes, capitaneados pelo eminente Des. Francisco José Rodrigues de Oliveira Filho, tenham sucesso nessa empreitada de bem servir ao Poder Judiciário e, mais do que tudo, à sociedade catarinense. Relembro o poeta Thiago Mello, ao compromisso dos novos dirigentes com a continuidade administrativa. Diz ele não ter um caminho novo. O que tem é um jeito novo de caminhar! Desejo que esse novo jeito de caminhar seja pavimentado pelas forças criativas, pela inteligência e pelo talento fecundo de todos que construíram e constroem permanentemente a história do Poder Judiciário de Santa Catarina. É hora de finalizar e agradecer. Inicialmente, agradeço a lealdade e a cumplicidade de todo o corpo diretivo que ora se despede – Desembargadores Eládio Torret Rocha, Newton Trisotto, Cláudio Barreto Dutra, Wilson Nascimento e José Volpato, responsáveis diretos por todo o sucesso da Administração. Aos nobres, dignos, talentosos e leais amigos Juízes Auxiliares Romano Enzweiler, Paulo Henrique Martins da Silva, Odson Cardoso Filho, Paulo Toniazzo e Hélio do Valle Pereira. Sem eles, quase nada teria sido possível. Aos Senhores Conselheiros dos Conselhos de Administração, da Magistratura e Gestor de Juizados Especiais. Aos Presidentes



Executivos da Academia Judicial e Centro de Estudos Jurídicos, parceiros constantes e prezados amigos Desembargadores Amaral e Silva e Luiz César Medeiros. Aos Senhores Desembargadores titulares das diversas pastas do Conselho de Administração, José Trindade dos Santos, Alcides Aguiar, Torres Marques, Carlos Prudêncio e Gastaldi Buzzi. Ao Desembargador Nelson Schaefer Martins, Coordenador do Núcleo de Comunicação Social. A todos os Senhores desembargadores pelo apoio constante no Tribunal Pleno na condução das questões administrativas e jurisdicionais. A todo corpo funcional da Presidência, simbolizado na pessoa da Dona Cleusa Inácio. Aos Senhores Diretores-Gerais, Doutores Sérgio Galliza e Alberto Remor. Aos demais diretores das mais diversas áreas. A todos quantos compuseram o comissariado de governo e a todos os servidores do Tribunal e da Justiça de primeiro grau. Meus especiais agradecimentos aos dirigentes sindicais e das diversas associações de servidores pelo apoio constante e pelo grau de responsabilidade e espírito público que nortearam as relações institucionais. Meus agradecimentos a todos os magistrados, especialmente à Associação dos Magistrados Catarinenses, na pessoa do Doutor José Agenor de Aragão, e ao Doutor Rodrigo Collaço, Presidente da Associação dos Magistrados Brasileiros, pelo apoio constante a todas as demandas da Administração no plano estadual e nacional, especialmente no Conselho Nacional de Justiça. De igual sorte, devo agradecer o relacionamento estreito, independente e respeitoso mantido com a Ordem dos Advogados do Brasil, na pessoa de seu ilustre Presidente, Doutor Paulo Roberto Borba, e com o Ministério Público, na pessoa do seu ilustre Procurador-Geral de Justiça, Doutor Gercino Gerson Gomes Neto. Igualmente à Procuradoria-Geral do Estado, na pessoa do Doutor Adriano Zanotto. Ao colendo Tribunal de Contas, na pessoa de seu ilustre Presidente, José Carlos Pacheco. Não poderia olvidar, por último, o apoio permanente do eminente Governador Luiz Henrique da Silveira a todos os pleitos do Judiciário, distinguido sempre com fidalguia e respeito. À augusta Assembléia Legislativa, na pessoa do seu ilustre Presidente, Depu-

tado Júlio Garcia, pelo respaldo político a todas as iniciativas legislativas desta Corte. Os poderes do Estado honraram as tradições constitucionais e históricas de autonomia e independência. A lhanza sempre embasou as relações institucionais, e seus dirigentes souberam transpor para o relacionamento pessoal uma base ímpar de entendimento direto, fundamental para a equação das agendas de Governo. Finalizo agradecendo emocionado aos meus familiares. Nos últimos tempos minha vida se transformou radicalmente, subtraindo-me a presença indispensável em casa, na família, delegando à minha mulher Jane as múltiplas responsabilidades negligenciadas. Sem a compreensão, o amor e a cumplicidade de todas — minha mulher e minhas filhas Maíra Carolina e Gabrielle —, não sei se teria suportado tanta pressão e resistido em meus propósitos. A todas a certeza de meu amor e o reconhecimento por não me terem permitido jamais fraquejar. Nada mais tenho a dizer. Desejo todo o sucesso aos novos dirigentes. Que Deus os proteja e lhes dê toda a sabedoria para conduzir com competência o desafio de bem servir ao Judiciário catarinense. A todos muito obrigado.

## DISCURSO DE POSSE DO DESEMBARGADOR FRANCISCO OLIVEIRA FILHO NO CARGO DE PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA

Excelentíssimo Senhor Desembargador Pedro Manoel Abreu, Ex-Presidente do Tribunal de Justiça; Excelentíssimo Senhor Doutor Luiz Henrique da Silveira, Governador do Estado de Santa Catarina; Excelentíssimo Senhor Júlio Garcia, Deputado Estadual, Presidente da Assembléia Legislativa de Santa Catarina; Excelentíssimo Senhor Ministro Jorge Mussi; Excelentíssimo Senhor Doutor Jorge Maurique, Conselheiro do Conselho Nacional de Justiça; Excelentíssimo Senhor Doutor Odacir Zonta, Deputado Federal; Excelentíssimo Senhor Doutor Gercino Gerson Gomes Neto, Procurador-Geral de Justiça de Santa Catarina; Excelentíssimo Senhor Doutor Paulo Roberto de Borba, Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção de Santa Catarina; Excelentíssimo Senhor Doutor Antônio Carlos Nascimento Krieger, Comandante da 14ª Brigada de Infantaria Motorizada; Excelentíssimas Senhoras Desembargadoras; Excelentíssimos Senhores Desembargadores; demais autoridades presentes, Senhoras e Senhores.

Honra-me registrar que há mais de dezoito anos envergo a toga que pertenceu ao saudoso Desembargador Nelson Konrad. Por outro lado, agradeço aos desembargadores a oportunidade desta investidura e recordo que este momento nasceu da iniciativa de colegas que compareceram ao meu gabinete exortando-me a participar da eleição e destacando que a condição de elegibilidade deve ser rígida e restrita aos juízes mais antigos para os cargos considerados de direção, para assegurar a harmonia institucional e a plena dedicação à função principal dos magistrados: a judicatura. Cristão e homem de fé, e convicto de que a educação paterna envolve muito mais condutas do que palavras, também não posso deixar de agra-

decer a Deus a oportunidade que tive em 5 de dezembro de 2001, neste mesmo local, de dar aos meus filhos e netos mais uma demonstração de equilíbrio e serenidade, e de que o meu entusiasmo pela magistratura sempre esteve, e está, acima de qualquer adversidade funcional. Com a Emenda Constitucional n. 45/2004, o Poder Judiciário entrou em nova era. Não podemos perder tempo e necessitamos avançar, a fim de não frustrar as expectativas da sociedade. Concordo, em conseqüência, com Hannah Arendt quando diz: “[...] todo fim na história constitui necessariamente um novo começo; esse começo é a promessa, a única mensagem que o fim pode produzir”. Entendo que este ato solene vira uma página na história do Judiciário catarinense. Nova etapa agora tem início, com cinqüenta desembargadores e, felizmente, todos participando do governo judiciário. Qual a mensagem que proclamo? A rejeição da chamada síndrome do possível, que traduz posição muito cômoda. Vou procurar, sim, fazer o melhor, e tem razão Mário Sérgio Cortella: “uma sociedade como a nossa não merece que se fique no possível. É preciso ir atrás do melhor, prevalecendo a idéia de fazer o melhor, isto é, procurar aquilo que aperfeiçoa o que pode ser feito”. Isso exige gestão empreendedora, que implante uma cultura vencedora, sustentada em valores e tradições, com ênfase na eficiência, com atenção especial às áreas problemáticas, tudo a partir de saudável ambiente de trabalho. Participei da Comissão Organizadora dos festejos do centenário deste Tribunal de Justiça. Reverencio os juízes de primeiro e segundo grau, que, ao longo do tempo, com coragem, dedicação e operosidade, ajudaram a construir este Poder. Entretanto, não posso esquecer algumas iniciativas que, a meu ver, colocaram este maravilhoso Estado em posição de vanguarda. Refiro-me, por exemplo, à decisão desta Corte que, nos idos de 1954, aprovou o nome da Desembargadora Thereza Grisólia Tang como a primeira Juíza de Direito do Brasil, o que quebrou absurda e odiosa discriminação. Sua Excelência ajudou a mudar a história da magistratura, revelando-se julgadora e administradora exemplar. O saudoso Desembargador Eduardo Pedro Carneiro da Cunha Luz,

com a sua característica tranqüilidade, percebeu em 1983 que a violação aos direitos das pessoas humildes não poderia ficar inacessível ao Judiciário. Alguma coisa precisava ser feita; e ele fez. Santa Catarina foi o segundo Estado brasileiro a implantar os Conselhos de Conciliação, popularmente conhecidos como Juizados de Pequenas Causas. Nove comarcas receberam a atenção de Sua Excelência, algumas com mais de uma unidade. Os juízes inativos Doutores Flávio Costa, Urbano Müller Salles, Maurício d'Avila e o advogado Doutor João José Costa são testemunhas desse relevante fato histórico. Lembro-me, na comarca de Lages, o entusiasmo com que o então Juiz de Direito, hoje Desembargador, Anselmo Cerello abraçou a iniciativa. Esse fato permitiu que, em 1992, o Desembargador Ayres Gama Ferreira de Melo, na Presidência do Tribunal de Justiça, aproveitando aquela estrutura do Juizado de Pequenas Causas, implantasse em Santa Catarina o Juizado Especial, inicialmente cível. Mais uma vez fomos pioneiros no Brasil. Muitos fatos poderia alinhar, mas receio ser inconveniente. Entretanto, não posso omitir outra iniciativa do Desembargador Ayres Gama Ferreira de Melo, que foi a criação do Fundo de Reparlamento do Judiciário, lei sancionada pelo então Governador Cacildo Maldaner. Esse Fundo, na época o único no País, serviu de exemplo para outros Estados e transformou o Poder Judiciário. Se estamos ligados por rede remota e lógica desde 1997, com extraordinária plataforma de informatização, isso se deve ao Fundo de Reparlamento do Judiciário. Depois de ter sido Vice-Presidente e Presidente do Fundo de Reparlamento do Judiciário, Corregedor e Presidente do Tribunal Regional Eleitoral, na primeira eleição eletrônica oficial, Juiz Corregedor, Corregedor-Geral da Justiça e Presidente do Colégio de Corregedores-Gerais da Justiça do Brasil, a par de intensa judicatura e atividade no magistério federal, assumo a Presidência desta Corte. A continuidade administrativa, Desembargador Pedro Abreu, está assegurada. Nem poderia ser diferente. Entretanto, adequações se fazem pertinentes. Assim, submeterei aos Excelentíssimos Senhores Desembargadores Projeto de Ato Regimental, que insti-

tuirá o Conselho de Gestão Judiciária e de Políticas Públicas e Institucionais, composto não só de seis desembargadores escolhidos pelo Tribunal Pleno, mas, também, de um Juiz de Direito indicado pela nossa entidade de classe, um Procurador de Justiça indicado pela Procuradoria-Geral de Justiça, um Advogado indicado pela Ordem dos Advogados, Seção de Santa Catarina, um Promotor de Justiça indicado pela entidade de classe do Ministério Público e um servidor indicado pelo Sindicato da categoria. Pretendo, nesse Conselho, dentre outras matérias, possibilitar a discussão de questões direta ou indiretamente ligadas à Justiça, Segurança Pública e aos Direitos da Cidadania. Igualmente submeterei a Vossas Excelências Projeto de Ato Regimental e a tempo e modo Projeto de Lei à augusta Assembléia Legislativa, a fim de instituir as Câmaras Especiais Regionais, em número máximo equivalente ao de regiões judiciárias, conforme a Resolução n. 08/07—TJ, de 4 de abril de 2007, as quais funcionarão para efeitos legais como Câmaras Isoladas com desembargador e Turmas de Recursos, quando exclusivamente compostas de desembargadores substitutos. Estaremos, assim, cumprindo o § 6º do art. 125 da Magna Carta, introduzido pela Emenda Constitucional n. 45/2004. Pretendo, e conto com Vossas Excelências, que esse novo órgão fracionário deste Tribunal de Justiça seja primeiramente instalado na comarca de Chapecó. Essa providência contém ampla justificativa em acórdãos do Supremo Tribunal Federal. Igualmente, e de imediato, solicitei a realização de estudos de viabilidade de compactação das entrâncias intermediárias às entrâncias finais. A realidade do pujante e operoso Estado de Santa Catarina, se considerada a importância socioeconômica das respectivas comarcas, permite tal decisão, que, dentre tantos benefícios, possibilitará maior permanência do magistrado na comarca, o que evitará despesas com movimentações que comprometem não só o erário, mas a rapidez da prestação jurisdicional. As Casas da Cidadania também contribuíram para a descentralização do Judiciário em nosso querido Estado. Repensá-las é essencial, aprofundando a experiência, e gradativamente aumentar os serviços judiciários, com

a criação dos Fóruns Municipais nas Casas da Cidadania, incluindo Unidade Judiciária Fiscal e fortalecendo os Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Nesse sentido, o Projeto de Resolução também será submetido a Vossas Excelências. A execução desses serviços exige reformulação administrativa. Está ciente dessa iniciativa e com ela concorda o Desembargador Marco Aurélio Gastaldi Buzzi, Coordenador dos Juizados Especiais, que passa a centralizar em suas atribuições toda a execução da Lei Federal n. 9.099/95 no Estado de Santa Catarina. Conhecer os pleitos da sociedade, aproximá-la das soluções, será, dentre outras atribuições, o trabalho da Ouvidoria Judicial, sob a responsabilidade do Desembargador Mazoni Ferreira. Ciente da importância da formação e aperfeiçoamento dos juizes, destacado em memorável publicação do emérito Professor Doutor Egas Dirceu Moniz de Aragão, contarei na Academia Judicial com a direção dos Excelentíssimos Senhores Desembargadores Sérgio Roberto Baasch Luz, Salim Schead dos Santos e Jaime Ramos, todos com larga experiência profissional e Mestres em Direito. Nessa linha, apresentarei nos próximos dias Projeto de Resolução, a fim de solicitar à Academia Judicial estudo que delineará o trabalho de formação individualizada, contínua e especializada dos magistrados, em face do dinamismo do direito e das atuais condições socioeconômicas de Santa Catarina. Registro a certeza da leal colaboração de todas as Desembargadoras e Desembargadores, do Ministério Público, da Ordem dos Advogados, Seção do meu Estado, enfim, deste grande patrimônio que também temos, que são os servidores do primeiro e segundo grau. A dedicação e operosidade dos magistrados catarinenses são notórias. Exemplos são rotineiros, mas se necessário fosse nominar, peço vênha para sintetizar todo esse excelente quadro de colegas na pessoa do Desembargador Newton Trisotto, cujo incansável labor na atividade jurisdicional foi dedicado à Corregedoria-Geral da Justiça nos últimos dois anos. Peço licença para abraçar o meu irmão Palmiro João e registrar, ao lado de tantos amigos, a presença nesta solenidade de minha mãe, Maria Emília, de Beatriz Rodrigues de Oliveira Araújo, de Ninpha

Ferreira de Oliveira, de meu tio Evaristo, dedicado e honrado Oficial do Exército Brasileiro, cuja carreira abraçou como expressiva parte de nossa família, radicada no Estado do Rio de Janeiro, de minha querida esposa Marília, de meus filhos e netos Felipe, Mayumi, Sofia, Marina, Naomi, Beatriz e Pedro Henrique. Relembro com saudade de meu pai, Francisco José, de minha irmã Maria Emília, de meu sogro Guilherme e de minha sogra Ida, e dos amigos de todas as horas, Nicolau Severiano de Oliveira, Élio Narezi, Rid Silva, Marino da Costa Ferreira, Eduardo Pedro Carneiro da Cunha Luz, Fernando Oswaldo de Oliveira, José Rodrigues de Oliveira, Nicanor Rodrigues de Oliveira, Romano Bortolanza, José Dorval da Silveira, Manoel Lobão Muniz de Queiroz e Laércio de Aviz. Certamente com esses honrados e queridos nomes homenageio todos os que, de alguma forma, contribuíram para a minha formação. Finalmente, ousei dizer: a realização pessoal e profissional de um magistrado não se concretiza com os cargos administrativos que excepcionalmente possa ocupar, mas, sim, com a dedicação e busca da justiça que a cada julgamento realiza, função que marca e distingue o Judiciário como um dos três Poderes constituídos. O meu afetuoso agradecimento aos servidores do meu gabinete na pessoa do Doutor Christiano Carioni. Cumprimento o Excelentíssimo Senhor Desembargador Pedro Abreu, sua digna esposa Jane, suas filhas Mariana e Gabrielle, desejando-lhes muitas felicidades. Gabrielle, ontem, para satisfação de seus pais, ex-professores e amigos, lançou importante livro sobre a duração razoável do processo. Agradeço honrado a presença das ilustres autoridades, parentes, amigos e convidados.



# LEGISLAÇÃO

---



## ATO REGIMENTAL

### **Ato Regimental n. 87/2008–TJ**

Institui o Conselho de Gestão, Modernização Judiciária, de Políticas Públicas e Institucionais

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina, por seu Tribunal Pleno, resolve aprovar o seguinte Ato Regimental:

Art. 1º Fica instituído o Conselho de Gestão, Modernização Judiciária, de Políticas Públicas e Institucionais, órgão auxiliar do Tribunal Pleno que, presidido pelo presidente do Tribunal de Justiça, será composto por mais oito desembargadores e dois juízes indicados pelo referido órgão.

§ 1º Em seus afastamentos e ausências o presidente será substituído pelo 1º vice-presidente.

§ 2º Poderão, em face da natureza da matéria, ser ouvidos membros das funções essenciais da Justiça e entidades associativas e sindicais.

Art. 2º Ao Conselho de Gestão, Modernização Judiciária, de Políticas Públicas e Institucionais compete:

I – colaborar na formulação da agenda pública de discussão das questões direta ou indiretamente ligadas à Justiça, segurança pública e aos direitos da cidadania, e na definição da agenda institucional relativa a ações concretas para a melhoria da prestação jurisdicional e dos serviços judiciais e afins, voltadas para uma gestão pública de qualidade e de resultados, com ênfase no cidadão catarinense, visando o bem comum;

II – emitir parecer prévio, quando solicitado pelo Tribunal Pleno, sobre a proposta orçamentária anual e sobre os pedidos de abertura de

créditos adicionais e especiais, submetidos a sua apreciação pelo presidente do Tribunal;

III – acompanhar, em nome do Tribunal Pleno, o desempenho da administração e de seus órgãos subordinados, bem assim o cumprimento das metas estabelecidas pelo Poder Judiciário na lei de diretrizes orçamentárias;

IV – criar comissões e subcomissões de estudos, propostas e ações no campo da Justiça, da segurança pública, da cidadania e de outros assuntos que lhe forem pertinentes;

V – desenvolver estudos na área do planejamento estratégico, com a participação ativa dos servidores, juízes e órgãos da administração, ouvidos a associação de classe da magistratura e o sindicato dos servidores, para a apresentação de planos e metas de gestão e geração de programas de avaliação institucional, objetivando o aumento da eficiência, da racionalização e da produtividade do sistema, bem como maior acesso à Justiça;

VI – elaborar programas de aperfeiçoamento da gestão administrativa e financeira do Poder Judiciário, e propor suas metas;

VII – exercer outras atribuições que lhe forem delegadas pelo Tribunal Pleno.

Parágrafo único. Para as comissões e subcomissões de que trata o inciso IV, poderão ser convidados integrantes da sociedade civil ou de outras instituições.

Art. 3º O Tribunal Pleno aprovará o regimento interno do Conselho.

Parágrafo único. Por medida de conveniência administrativa, o Conselho poderá fracionar-se para atender às áreas de políticas públicas e institucionais.

Art. 4º Este Ato Regimental entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições contrárias, em especial as Resoluções n. 2/2000–TJ e n. 3/2002–TJ.

Florianópolis, 10 de março de 2008.

Francisco José Rodrigues de Oliveira Filho  
DESEMBARGADOR PRESIDENTE

## RESOLUÇÃO

### **Resolução n. 12/2008–TJ**

Aprova o Regimento Interno do Conselho de Gestão, Modernização Judiciária, de Políticas Públicas e Institucionais.

O Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, por seu Tribunal Pleno, com fulcro no artigo 3º do Ato Regimental n. 87/2008–TJ,

RESOLVE:

Art. 1º Aprovar o Regimento Interno do Conselho de Gestão, Modernização Judiciária, de Políticas Públicas e Institucionais, nos termos do Anexo.

Art. 2º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições contrárias.

Florianópolis, 14 de abril de 2008.

Francisco José Rodrigues de Oliveira Filho  
DESEMBARGADOR PRESIDENTE

## ANEXO

REGIMENTO INTERNO DO CONSELHO DE GESTÃO,  
MODERNIZAÇÃO JUDICIÁRIA, DE POLÍTICAS PÚBLICAS E  
INSTITUCIONAIS

### CAPÍTULO I

Disposições iniciais

Art. 1º Este Regimento disciplina o funcionamento, a composição e a atribuição do Conselho de Gestão, Modernização Judiciária, de Políticas Públicas e Institucionais.

Art. 2º O Conselho de Gestão, Modernização Judiciária, de Políticas Públicas e Institucionais, que atua como órgão auxiliar do Tribunal Pleno, tem por finalidade a definição de opções e formulações estratégicas, considerando as situações atuais e as possibilidades do futuro, elaborando subsídios para o Plano Plurianual e ações de desenvolvimento de longo prazo do Poder Judiciário do Estado de Santa Catarina.

## CAPÍTULO II

### Composição e funcionamento

Art. 3º O Conselho de Gestão, Modernização Judiciária, de Políticas Públicas e Institucionais será composto do presidente deste Tribunal, de oito desembargadores e de dois juizes indicados pelo referido órgão.

Parágrafo único. Os membros do Conselho exercerão mandato de dois anos, coincidentes com o período de exercício dos cargos diretivos do Tribunal de Justiça.

Art. 4º O *quorum* mínimo para instalação e funcionamento das sessões do Conselho de Gestão será de 6 (seis) membros.

Art. 5º Atuará, como secretário do Conselho, o chefe de Gabinete da Presidência, ou, na falta deste, servidor indicado pelo presidente.

## CAPÍTULO III

### Atribuições

#### Seção I

#### Do Conselho

Art. 6º Ao Conselho de Gestão, Modernização Judiciária, de Políticas Públicas e Institucionais compete:

I – colaborar na formulação da agenda pública de discussão das questões direta ou indiretamente ligadas à Justiça, segurança pública e aos direitos da cidadania, e na definição da agenda institucional relativa a ações concretas para a melhoria da prestação jurisdicional e dos serviços judiciais e afins, voltadas para uma gestão pública de qualidade e de resultados, com ênfase no cidadão catarinense, visando o bem comum;

II – emitir parecer prévio, quando solicitado pelo Tribunal Pleno, sobre a proposta orçamentária anual e sobre os pedidos de abertura de créditos adicionais e especiais, submetido pelo presidente do Tribunal à apreciação do Tribunal Pleno;

III – acompanhar, em nome do Tribunal Pleno, o desempenho da administração e de seus órgãos subordinados, bem como o cumprimento das metas estabelecidas pelo Poder Judiciário na lei de diretrizes orçamentárias;

IV – criar comissões e subcomissões de estudos, propostas e ações no campo da Justiça, da segurança pública, da cidadania e de outros assuntos que lhe forem pertinentes;

V – desenvolver estudos na área do planejamento estratégico, com a participação ativa dos servidores, juízes e órgãos da administração, ouvidos a associação de classe da magistratura e o sindicato dos servidores, para a apresentação de planos e metas de gestão e geração de programas de avaliação institucional, objetivando o aumento da eficiência, da racionalização e da produtividade do sistema, bem como maior acesso à Justiça;

VI – elaborar programas de aperfeiçoamento da gestão administrativa e financeira do Poder Judiciário, propondo suas metas;



VII – exercer outras atribuições que lhe forem delegadas pelo Tribunal Pleno.

## Seção II

### Do presidente

Art. 7º São atribuições do presidente do Conselho de Gestão:

I – presidir as sessões, dirigir os trabalhos, manter a ordem, orientar a discussão e proclamar o resultado das votações;

II – velar pelas prerrogativas do Conselho e representá-lo;

III – convocar sessões extraordinárias;

IV – distribuir entre os outros membros do Conselho os feitos de sua competência;

V – proferir voto de qualidade em caso de empate na votação;

VI – expedir os atos necessários ao cumprimento das deliberações do Conselho;

VII – designar, *ad referendum*, membro para substituir integrante de comissão ou subcomissão em caso de urgência;

VIII – praticar os demais atos previstos em lei ou em regimento.

Art. 8º Em seus afastamentos e ausências, o presidente será substituído pelo 1º vice-presidente.

## Seção III

### Das Comissões

Art. 9º É facultada a criação de comissões e subcomissões para realizar estudos e apresentar propostas e ações no âmbito das atribuições do Conselho.

§ 1º Para as comissões e subcomissões de que trata o inciso IV, do art. 6º, poderão ser convidados integrantes da sociedade civil ou de outras instituições;

§ 2º Sempre que houver conveniência em razão da matéria, as demais comissões e subcomissões contarão com a colaboração de pessoas não pertencentes ao Poder Judiciário;

§ 3º A criação de comissões também poderá ser determinada diretamente pelo Tribunal Pleno, com posterior designação e instalação pelo Conselho de Gestão.

Art. 10. A composição, o modo de funcionamento e o prazo para conclusão dos trabalhos das comissões e subcomissões serão definidos no momento de sua criação pelo Conselho ou na determinação da instalação, quando a comissão for criada pelo Tribunal Pleno.

## CAPÍTULO IV

### Sessões

Art. 11. O Conselho reunir-se-á, ordinariamente, na primeira e terceira segundas-feiras de cada mês, no período matutino.

Parágrafo único. O presidente poderá convocar sessão extraordinária, designando data e horário para sua ocorrência.

Art. 12. As votações serão abertas e as decisões serão tomadas pela maioria simples dos membros presentes.

§ 1º Em caso de empate, caberá ao presidente da sessão proferir o voto de qualidade;

§ 2º Cabe ao secretário do Conselho de Gestão a preparação, para aprovação, da ata da sessão;

§ 3º As sessões poderão ser transmitidas pela rede intranet do Tribunal de Justiça.

Art. 13. Quando for necessária ou pertinente a comparência de representantes de instituições auxiliares da Justiça, bem como de outras associações, o convite será feito pelo presidente do Conselho de Gestão.

## CAPÍTULO V

### Distribuição

Art. 14. A distribuição de autos no Conselho de Gestão será feita por processamento eletrônico de dados, mediante sorteio aleatório e uniforme.

Parágrafo único. O presidente do Conselho não receberá distribuição dos processos; poderá, todavia, apresentar matérias em mesa.

Art. 15. Não se submetem a sorteio os feitos cuja matéria já se encontra vinculada a comissão ou subcomissão.

## CAPÍTULO VI

### Disposições finais

Art. 16. Aplica-se subsidiariamente, no que couber, o Regimento Interno do Tribunal de Justiça.

Art. 17. Este Regimento entra em vigor na data de sua publicação.



**SUPREMO TRIBUNAL  
FEDERAL**

---



## **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE**

### **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.264-9/ de Santa Catarina**

Relatora: Ministra Cármen Lúcia

Requerente: Governador do Estado de Santa Catarina

Advogados: Drs. João Carlos Von Hohendorff e outro

Requerida: Assembléia Legislativa do Estado de Santa Catarina

#### **EMENTA**

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ADMINISTRATIVO. ART. 3º DA LEI N. 1.145 DO ESTADO DE SANTA CATARINA. PREVISÃO DE REAJUSTE DOS VALORES FIXADOS REFERENTES ÀS VANTAGENS NOMINALMENTE IDENTIFICÁVEIS PARA OS CARGOS DE PROVIMENTO EM COMISSÃO DE DIREÇÃO E DE GERÊNCIA SUPERIOR, NA MESMA PROPORÇÃO.

1. Configurada situação de pagamento de vantagem pessoal, na qual se enquadra o princípio da “estabilidade financeira”, e não da proibição constitucional de vinculação de espécies remuneratórias vedada pelo art. 37, inc. XIII, da Constituição da República.

2. Previsão legal que não iguala ou equipara vencimentos, apenas reconhece o direito dos que exerceram cargos ou funções comissionadas por certo período de tempo em continuar percebendo esses valores como vantagem pessoal. Precedentes.

3. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada 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 de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade, em julgar improcedente a ação direta, nos termos do voto da Relatora. Ausentes, justificadamente, os senhores Min. Gilmar Mendes, Cezar Peluso e Joaquim Barbosa.

Brasília, 29 de novembro de 2007.

Cármen Lúcia Relatora

## RELATÓRIO

A Senhora Ministra Cármen Lúcia (Relatora):

1. Ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, ajuizada pelo Governador do Estado de Santa Catarina, em 5-4-1995, objetivando a declaração de inconstitucionalidade do art. 3º da Lei Estadual n. 1.145/93:

Art. 3º Os valores constantes das tabelas de vencimento apresentadas nos anexos I e II, da Lei Complementar n. 83, de 18 de março de 1993, base de cálculo para determinação da Vantagem Nominalmente Identificável, ficam reajustados na mesma proporção dos valores fixados para os cargos de provimento em comissão de Direção e Gerência Superior-DGS, constantes do Anexo único, desta Lei.

2. O Autor afirma que a edição da Lei catarinense n. 1.145/93 teria promovido o retorno do que chamou de “relação de interdependência entre remunerações de cargo efetivo e em comissão” (fl. 6), prática que, no seu entender, seria vedada pelo art. 37, inc. XIII, da Constituição da República.

Argumenta que o art. 3º daquele diploma legal teria promovido vinculação inconstitucional, pois “*qualquer reajuste de vencimento dos cargos*



*em comissão, tipo Direção e Gerência DGS —, (seria transferido) para uma gama incomensurável de outros servidores que incorporaram percentual do cargo em comissão por força do lapso temporal”* (fl. 7, grifos no original).

Alega que, ao submeter a Administração Pública estadual a um regime de aumento automático de vencimentos de seus servidores, a vinculação desencadeada pelo dispositivo ora impugnado contrariaria a Constituição da República, pois: a) o aumento da despesa pública dependeria de prévia e expressa autorização em lei, cuja iniciativa é do Chefe do Poder Executivo (art. 61, § 1º, inc. II, alínea *a*, da Constituição da República) (fl. 8); e b) a repercussão do aumento sobre os vencimentos dos servidores que tivessem parcelas incorporadas acarretaria o descontrole do orçamento público estadual e, por conseguinte, o descumprimento do art. 169 da Constituição da República (fls. 8-9).

Requer a suspensão liminar da norma impugnada e pede, no mérito, a declaração de inconstitucionalidade do art. 3º da Lei Estadual n. 1.145/93.

3. Em 25-5-1995, o Plenário do Supremo Tribunal Federal indeferiu a medida cautelar pleiteada nos termos seguintes:

Vencimentos. “Estabilidade financeira”. Implausibilidade da alegação de ofensa à vedação constitucional de vinculação (CF, art. 5º, XIII). Suspensão cautelar indeferida.

O instituto da denominada “estabilidade financeira” — que garante a servidor efetivo, após determinado tempo de exercício de cargo em comissão ou assemelhado a continuidade da percepção dos vencimentos dele, ou melhor, da diferença entre estes e o do seu cargo efetivo —, constitui vantagem pessoal (RE n. 141.788, Pertence, 6-5-1993), que, embora tenha por base a remuneração do cargo diverso daquele que o servidor ocupa em caráter efetivo, não constitui a vinculação vedada pelo art. 37, XIII, da Constituição. De qualquer sorte, norma de vinculação é aquela em decorrência da qual, salvo disposição em contrário, a lei futura que dispunha 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 do reajuste dos vencimentos dos cargos em comissão, a vantagem devida pelo exercício anterior deles — não pretende ter eficácia temporal mais extensa que a lei em que se inseriu” (DJ 30-6-1995, fl. 223).

4. Em suas informações, a Assembléia Legislativa de Santa Catarina alega que a Lei Estadual n. 1.145/93 teve origem na aprovação da Medida Provisória n. 38/93, de iniciativa do Governador do Estado.

Pondera que caberia ao Autor desta ação iniciar o processo legislativo para a revogação do dispositivo normativo ora impugnado e que a ação direta de inconstitucionalidade não seria “substituto de processo legislativo [...] (para) revogar leis que o Poder Executivo entende não mais convir” (fl. 230).

Acrescenta que não haveria inconstitucionalidade em “convalidar reajustes àqueles que incorporam à sua remuneração parcelas, quintos ou décimos do valor fixado para os cargos de provimento em comissão” (fl. 231), razão pela qual sustenta que a presente ação objetiva o “congelamento dos valores incorporados aos salários dos servidores estaduais” (fl. 231).

5. O Advogado-Geral da União (fls. 259-266) e o Procurador-Geral da República (fls. 268-271) manifestaram-se pela improcedência do pedido.

6. Em 20-4-2007, o Estado de Santa Catarina informou que a Lei Estadual n. 1.145/93 permanece em vigor (petição STF n. 55.716).

7. Em 30-4-2007, vieram-me os autos conclusos.

É o relatório, do qual deverão ser encaminhadas cópias aos eminentes Ministros do Supremo Tribunal Federal (art. 9º da Lei n. 9.868/99 c/c art. 87, inc. I, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal).

## VOTO

A Senhora Ministra Cármen Lúcia (Relatora):

1. A presente ação direta de inconstitucionalidade, ajuizada pelo Governador do Estado de Santa Catarina, tem por objeto o art. 3º da Lei Estadual n. 1.145/93, por pretensa contrariedade aos arts. 37, inc. XIII, e 61, § 1º, inc. II, alínea *a*, da Constituição da República.

2. O Autor alega, basicamente, afronta às normas constitucionais que vedam a) vinculação entre remunerações de servidores públicos, e b) atribuem ao Chefe do Poder Executivo competência privativa para legislar sobre o aumento de remuneração de cargos e funções públicas.

3. Em 25-5-1995, o Supremo Tribunal Federal antecipou, ainda que prefatorialmente, o julgamento da matéria, ao indeferir a medida cautelar vindicada.

4. Conforme salientado naquela oportunidade pelo Ministro Sepúlveda Pertence, então Relator da ação, a pretensa vinculação havida na norma questionada não configura a situação vedada pelo art. 37, inc. XIII, da Constituição da República. Em seu voto, a matéria foi assim posta:

Como se demonstrou no RE n. 141.788, a parcela de que se cuida é vantagem pessoal.

Sob regime constitucional pretérito, o Tribunal afirmou a constitucionalidade de disposição similar — o art. 2º da Lei Estadual n. 11.171/86, do Ceará —, que incorporava aos vencimentos do servidor a gratificação atribuída aos cargos em comissão, exercidos por mais de oito anos, e que se pretendia ofensiva das regras do teto e da paridade, assim como ao princípio da igualdade (Rp n. 1.391, 14-9-88, Borja, RT 132/1.123) e não vencimento de cargo efetivo, porque não tem por título o exercício atual deste, mas sim o exercício pretérito de cargo em comissão.

Por isso mesmo, o normal é que essa parcela retributiva do exercício anterior de um cargo em comissão tenha por base os vencimentos deste, sem que aí se possa divisar vinculação proibida.

De qualquer sorte, a vinculação de remuneração que se proíbe não é ocasional, consistente na atribuição a cargos diversos, em determinada lei, de vencimentos nominais idênticos ou de iguais percentuais de cálculo ou reajuste de certa vantagem (cf., v.g., ADIn n. 450, MC, M. Alves, 22-5-91; ADIn n. 570, MC, M. Alves, RTJ 138/749): norma de vinculação é aquela em decorrência da qual, salvo disposição em contrário, a lei futura que dispunha sobre vencimentos de cargo-parâmetro, ou sobre parcela deles, se aplicará automaticamente aos do cargo vinculado.

Não é o que se tem aqui, onde o dispositivo questionado — ao reajustar, na mesma proporção do reajuste nos 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 (DJ 31-5-1995).

5. A proibição constitucional de vinculação de espécies remuneratórias no setor público não compreende a denominada “estabilidade financeira”, prevista legalmente para os casos de servidores que, por terem exercido funções ou cargos em comissão por determinado lapso temporal, incorporaram aos seus vencimentos, como vantagem pessoal, parcelas da remuneração daqueles cargos ou funções.

6. Como assinalado na decisão que indeferiu a medida cautelar requerida nesta ação, o presente caso concerne à vantagem pessoal, a qual, mesmo tendo como base o valor correspondente ao vencimento previsto para cargo ou função diverso daquele ocupado em caráter efetivo, não se confunde com a proibição de que trata o art. 37, inc. XIII, da Constituição da República.

Nesse sentido, na assentada de 9-12-1998, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 222.480/SC, de relatoria do Ministro Moreira Alves, o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu:

#### EMENTA

Recurso extraordinário. Estabilidade financeira. Gratificação complementar de vencimento. Medida Provisória 61/95 convertida na Lei

n. 9.847/95, ambas do Estado de Santa Catarina. — *A estabilidade financeira, que não se confunde com o instituto da agregação, não viola o princípio constitucional da vedação de vinculação ou equiparação de vencimentos* — Inexistência, no caso, de direito adquirido, porquanto é entendimento firme desta Corte o de que não há direito adquirido a regime jurídico.

Não observância, de outra parte, dos artigos 2º e 37, *caput*, da atual Constituição — em cujos princípios se funda a Súmula 339 desta Corte — Não aplicabilidade, no caso, do § 4º do artigo 40 da Carta Magna, porquanto não houve tratamento diferenciado entre os em atividade e os inativos com o benefício da estabilidade financeira. Recurso extraordinário conhecido e provido (DJ 1º-9-2000, grifos nossos).

No mesmo sentido são os precedentes: RE n. 191.476-AgR/SC, rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, j. 30-6-2006; RE n. 33.413-AgR/SC, rel. Min. Eros Grau, Primeira Turma, j. 22-4-2005; RE n. 3.673/SC, rel. Min. Moreira Alves, Primeira Turma, j. 14-6-2002; RE n. 238.065/SC, rela. Min. Ellen Gracie, Primeira Turma, DJ 24-5-2002; RE n. 229.849/SC, rela. Min. Ellen Gracie, Primeira Turma, DJ 11-10-2001; RE n. 271.037/SC, rel. Min. Ilmar Galvão, Primeira Turma, DJ 6-10-2000; RE n. 268.993/SC, rel. Min. Moreira Alves, Primeira Turma, DJ 30-6-2000; RE n. 262.231/SC, rel. Min. Ilmar Galvão, Primeira Turma, DJ 2-6-2000; RE n. 191.234/SC, Relator para o acórdão Min. Maurício Corrêa, Segunda Turma, DJ 26-5-2000; RE n. 262.779/SC, rel. Min. Ilmar Galvão, Primeira Turma, DJ 28-4-2000; e RE n. 239.471-AgR/SC, rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, DJ 22-10-1999.

7. Ao distinguir paridade, equiparação e vinculação de vencimentos, afirmei em outra ocasião:

A paridade é a igualdade de vencimentos ou de remuneração atribuída a cargos, funções ou empregos iguais ou assemelhados, mas pertencentes a quadros de Poderes diferentes. Pelo que, não se podendo cuidar de carreiras de Poderes diferentes numa mesma hipótese normativa, há de se pacificar o tratamento jurídico daqueles que, conquanto sendo de carreiras iguais ou assemelhadas, têm composição normativa

diversa em razão da diferença de quadros nos quais elas se incluem. Na paridade há, portanto, similitude de cargos e de suas respectivas atribuições. O que não se tem é a identificação de quadros, porque os Poderes, nos quais cada um se inclui, distinguem-se no exercício das respectivas autoridades. Paridade não é proibida no sistema jurídico vigente, até porque é uma forma de realização do princípio constitucional da isonomia. [...] a equiparação é uma igualação 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. Equipara-se o que não é igual, mas que pode ser, juridicamente, tratado como se o fora, promovendo-se, então, a igualação dos vencimentos ou da remuneração que por conta deles deve ser atribuída a um servidor. A equiparação é um movimento pelo qual se estabelece uma realidade a partir de fatores ou de critérios tidos como próprios para aproximar diferenças que, a despeito dessas características, guardam dados de aproximação em seus resultados. [...] 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. Dá-se não uma igualação, mas uma relação vertical de modo contínuo no que concerne ao fator pecuniário retributivo. [...] A vinculação estabelece uma verticalidade do regime remuneratório, determinada, em geral, pela hierarquia dos cargos das carreiras estatais. Havendo, então, alteração (que será sempre um acréscimo, pois a redução é proibida no regime remuneratório do agente público) de uma remuneração a que se acha outra vinculada, esta também passará por igual mudança em idêntico índice, mantendo-se, evidentemente, a mesma diferença que a caracterize [...] Tanto a equiparação quanto a vinculação, proibidas de serem introduzidas no sistema jurídico pelo legislador infraconstitucional, poderiam vir a ser fontes de desigualação de iguais, o que romperia o princípio constitucional encarecido no sistema [...] (*Princípios constitucionais dos servidores públicos*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 330 e segs.).

8. De se ver, portanto, que a vedação constitucional não alcança a chamada “estabilidade financeira”, pois esta não iguala ou equipara

vencimentos de cargos de nomenclatura ou atribuições diferentes, mas apenas reconhece o direito daqueles que exerceram cargos ou funções comissionados por certo período de continuar percebendo esses valores como vantagem pessoal.

9. A esse respeito, na assentada de 6-5-1993, no voto condutor do Recurso Extraordinário n. 141.788/CE, o Ministro Sepúlveda Pertence consignou:

Essa adição, comumente denominada “incorporação ao vencimento”, na verdade, não altera a natureza da verba aditada, ou incorporada: em particular, não converte vantagem pessoal em vencimento-base. [...]

Sob esse prisma, vencimento é a remuneração imputada exclusivamente ao exercício de determinado cargo. Ou, na definição legal vigente (Lei n. 8.112/90, art. 40), “a retribuição pecuniária devida pelo exercício de cargo público, com valor fixado em lei”. Valor que, por imperativo constitucional (art. 39, § 1º), há de ser idêntico para cargos iguais, independentemente de quem seja ocupante atual de cada um deles.

Ao contrário, só pode constituir vantagem pessoal, e não vencimento, a retribuição percebida por titular de um cargo, não em razão do exercício dele, mas, sim, em virtude do exercício anterior de cargo diverso.

A chamada incorporação da vantagem pessoal ao vencimento não tem, assim, o efeito de transmudá-la em vencimento, mas apenas de assegurar-lhe tratamento equivalente ao do vencimento-base, assim, por exemplo, para somar-se a esse e compor a base de cálculo de outras vantagens, que sobre ele devam ser calculadas, ou para a aferição do valor de proventos de aposentadoria” (DJ 18-6-2003, grifos no original).

10. Pelo exposto, voto pela improcedência da presente ação direta de inconstitucionalidade.

O Senhor Ministro Carlos Britto — Senhora presidente, gostaria de dizer que a lei, tal como redigida, atua no campo da profissionalização do servidor público, uma das belas novidades da Constituição de 1988, que pugna pela valorização da função pública no pressuposto de que não há administração eficiente sem servidor público eficiente. Claro que

labora em prol da eficiência do servidor público esse tipo de tratamento remuneratório, estabilizador de uma situação financeira, que coloca toda a administração pública como um espaço de profissionalização atraente para o servidor.

Então, isso faz parte mesmo da competência de cada um dos entes federados do Brasil, conforme assinalou muito bem a Ministra Cármen Lúcia no seu, ainda uma vez, judicioso voto.

Acompanho o voto de Sua Excelência para assentar, também, a improcedência da ação direta de inconstitucionalidade.

O Senhor Ministro Marco Aurélio — Presidente, tenho presente o preceito:

“Os valores constantes das tabelas de vencimento apresentada nos anexos I e II da Lei Complementar n. 83, de 18-3-1993” — portanto, houve especificidade quanto a certos valores — “base de cálculo para determinação da Vantagem Nominalmente Identificável, ficam” — aqueles valores — “reajustados na mesma proporção dos valores fixados para os cargos de provimento em comissão de Direção e Gerência Superior — DGS, constantes do Anexo único, desta Lei”.

Ocorreu a vinculação automática quanto a reajustes futuros? A resposta, para mim, é negativa. A doutrina do Tribunal ficou muito bem elucidada na ementa que o Ministro Sepúlveda Pertence elaborou quando apreciado o pedido de concessão de medida acauteladora:

[...] 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 [...].

O que aconteceu por parte do legislador catarinense foi a inspiração, tomando de empréstimo o reajuste alusivo aos cargos comissionados. A lei teve efeitos exauridos com a própria edição, e não houve repercussão



futura, considerada a alteração dos valores referidos, ou seja, dos valores dos cargos em comissão de Direção e Gerência Superior.

Acompanho a relatora e julgo improcedente o pedido formulado.

## *HABEAS CORPUS*

### *Habeas Corpus n. 92.824-2 de Santa Catarina*

Relator: Ministro Joaquim Barbosa  
Paciente: Paulo Eduardo Costa Steinbach  
Impetrante: Acácio Marcel Marçal Sardá  
Coator: Superior Tribunal de Justiça

#### EMENTA

CRIMINAL. *HABEAS CORPUS*. CRIME HEDIONDO. PRISÃO EM FLAGRANTE HOMOLOGADA. PROIBIÇÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. PLEITO DE AFASTAMENTO DA QUALIFICADORA DA SURPRESA. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DOS FATOS E PROVAS. IMPROPRIEDADE DO *WRIT*. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E CONCEDIDA.

A atual jurisprudência desta Corte admite a concessão de liberdade provisória em crimes hediondos ou equiparados, em hipóteses nas quais estejam ausentes os fundamentos previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal. Precedentes desta Corte.

Em razão da supressão, pela Lei n. 11.464/07, da vedação à concessão de liberdade provisória nas hipóteses de crimes hediondos, é legítima a concessão de liberdade provisória ao paciente, em face da ausência de fundamentação idônea para a sua prisão.

A análise do pleito de afastamento da qualificadora da surpresa do delito de homicídio consubstanciaria indevida incursão em matéria probatória, o que não é admitido na estreita via do *habeas corpus*.

Ordem parcialmente conhecida e, nesta extensão, concedida.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a Presidência do Ministro Celso de Mello, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em conhecer, em parte, do pedido de *habeas corpus* e, na parte de que conheceu, deferiu-o, nos termos do voto do relator.

Brasília, 18 de dezembro de 2007.

Joaquim Barbosa – Relator.

## RELATÓRIO

O Senhor Ministro Joaquim Barbosa (Relator): Trata-se de pedido de liminar em *habeas corpus*, impetrado em favor de Paulo Eduardo Costa Steinbach, contra decisão proferida pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça no HC n. 84.245, em acórdão cuja ementa é a seguinte:

CRIMINAL. HC. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PRISÃO EM FLAGRANTE. PRONÚNCIA. MANUTENÇÃO DA CUSTÓDIA. CRIME HEDIONDO. VEDAÇÃO À OBTENÇÃO DA LIBERDADE PROVISÓRIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. PLEITO DE AFASTAMENTO DA QUALIFICADORA DA SURPRESA. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DOS FATOS E PROVAS. IMPROPRIEDADE DO *WRIT*. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E DENEGADA.

1. A atual jurisprudência desta Corte, acompanhando o entendimento do Supremo Tribunal Federal, afirmou que a vedação de concessão de fiança ou de liberdade provisória, mediante interpretação do texto constitucional, é, por si só, fundamento idôneo para o indeferimento da benesse. Precedentes do STF.
2. Tratando-se de paciente preso em flagrante pela prática, em tese, de crime equiparado a hediondo, mostra-se despicienda a fundamentação da sentença de pronúncia que manteve a medida constritiva de liber-

dade nos termos exigidos para a prisão preventiva propriamente dita, não havendo que ser considerada a presença de circunstâncias pessoais supostamente favoráveis ao réu, ou analisada a adequação da hipótese à inteligência do art. 312 do CPP.

3. Ressalvado o posicionamento da Relatora quanto à possibilidade, em tese, de liberdade provisória em caso de crimes hediondos.

4. O *habeas corpus* constitui-se em meio impróprio para a análise do pleito de afastamento da surpresa do delito de homicídio, pelo qual o paciente foi pronunciado, sob o argumento de não estar configurada a qualificadora, tendo em vista ter ocorrido prévia discussão entre o acusado e a vítima.

5. A análise dos argumentos apresentados pela defesa, em virtude da necessidade de análise aprofundada das circunstâncias de fato e das provas dos autos, é inviável na via eleita.

6. Ordem parcialmente conhecida e, nesta extensão, denegada.

Sustenta-se na impetração que o paciente estaria a sofrer constrangimento ilegal decorrente da decisão de pronúncia contra ele proferida, uma vez que não teria ficado demonstrada a necessidade real, atual e concreta da manutenção da custódia cautelar do paciente.

Como segunda causa de pedir o impetrante alega ser imperioso o afastamento da circunstância qualificadora da “surpresa”, tendo em vista que a denúncia reconhece expressamente a existência de discussão prévia entre a vítima e o paciente.

Requer, ao final, a concessão de liminar para suspender os efeitos da prisão decorrente de pronúncia, bem como os efeitos penais e processuais da Lei n. 8.072/90, até o julgamento final do presente *habeas corpus*.

Indeferi a liminar, às fls. 20-22, por não vislumbrar, em primeira análise, a plausibilidade das alegações.

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal, em parecer da lavra do eminente Subprocurador-Geral da República, Dr. Edson Oliveira

de Almeida, opinou pela concessão parcial da ordem, tão-somente para que seja expedido alvará de soltura em favor do paciente.

Ressalto que, além do presente *habeas*, tramita nesta Corte, sob minha relatoria, o HC n. 92.538, também impetrado em favor do paciente, que trarei a julgamento em outra oportunidade.

### VOTO

O Senhor Ministro Joaquim Barbosa (Relator): Senhor Presidente, consta da impetração que o paciente foi preso em flagrante em 13 de novembro de 2006.

A prisão em flagrante foi homologada e o paciente permanece preso até a presente data.

Às fls. 249-264 do apenso n. 2 consta a sentença de pronúncia, na qual o Juízo de Direito da 3ª Vara Criminal e Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, de Florianópolis, determinou que o paciente fosse submetido a julgamento perante o Tribunal do Júri da comarca de Florianópolis, por infração ao disposto no art. 121, § 2º, inciso IV, do Código Penal, afastada a qualificadora do motivo fútil.

Na mesma decisão, foi mantida a prisão do paciente nos seguintes termos:

“Mantenho a segregação do ora pronunciado, *ex vi* do art. 1º, inciso I, da Lei n. 8.072/90, ratificando integralmente a decisão de fls. 80-82”.

Como se vê, ao negar o pedido de liberdade do paciente, a pronúncia remete à decisão de fls. 80-82, cujo conteúdo é o seguinte:

Vistos, etc.

I — Trata-se de auto de prisão em flagrante em que figura como conduzido Paulo Eduardo Costa Stainbach, pelo cometimento, em tese, dos delitos transcritos nos arts. 121, § 2º, II, e 129, ambos do CP.

Observo que a autoridade policial observou as normas processuais e garantias constitucionais do conduzido, razão pela qual homologo o presente auto de prisão em flagrante.

II — Nego ao acusado a liberdade provisória postulada, eis que incabível à espécie, *ex vi* do art. 2º, inciso II, da Lei n. 8.072/90.

De outro turno, as circunstâncias de ser o indiciado primário, residir no distrito da culpa e possuir profissão definida são irrelevantes por não se cogitar do benefício, vedado pelo citado diploma.

O Supremo Tribunal Federal nesses casos tem decidido: “A primariedade, os bons antecedentes e a existência de emprego não impedem seja decretada a prisão preventiva porquanto os objetivos a que esta visa (garantia da ordem pública, conveniência da instrução criminal, segurança da aplicação da lei penal) não são necessariamente afastados por aqueles elementos [...]” (RTJ 121/601).

Julio Fabbrini Mirabete ensina: “o juiz pode negar a liberdade provisória, ainda que se trate de réu primário e de bons antecedentes, aos condenados por crimes hediondos, por prática de tortura, do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e terrorismo, pois o art. 2º, II, da Lei n. 8.072, de 27-7-90, dispõe que ‘o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade’. Sua liberdade depende do prudente arbítrio do juiz que, de (*sic*) entender ser ela aconselhável, poderá concedê-la, fundamentando sua decisão” (*Código de Processo Penal Interpretado*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1997. p. 760).

Versa a *quaestio*, sabidamente, de crime de homicídio qualificado por motivo fútil, o qual sensibiliza a sociedade por completo, cujos motivos restringem-se ao desejo de vingança injustificados (*sic*), logo, não é prudente a soltura do indiciado.

Já decidiu o Superior Tribunal de Justiça: “*Habeas corpus*. Direito processual penal. Homicídio qualificado. Prisão em flagrante mantida na pronúncia. 1. O réu pronunciado por crime hediondo, de tortura, terrorismo, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, preso cautelarmente em razão de flagrante delito, não tem direito a responder o processo em liberdade, eis que o inciso II do artigo 2º da Lei n. 8.072/90, dando cumprimento à Constituição da República (artigo 5º, inciso XLIII), vedou-lhe a liberdade provisória, com ou sem fiança. 2. Em casos tais, a prisão do réu decorre de imperativa determinação legal e constitucional, fazendo-se despicincia toda e qualquer motivação a

respeito da necessidade da custódia, que ainda é de natureza cautelar e de necessidade presumida de forma absoluta pela lei. 3. Ordem denegada” (HC n. 39.198/PE, *Habeas Corpus* n. 2004/0153923-7, rel. Min. Hamilton Carvalhido).

Desta feita, inquestionável a necessidade da custódia do indiciado, mormente em se tratando de crime hediondo (homicídio qualificado), o que impede, por si só, a concessão da benesse.

Ainda, de nossa Corte Catarinense, *mutatis mutandis*: “Em tema de tráfico ilícito de entorpecentes, crime equiparado a hediondo, a teor do art. 2º, II, da Lei n. 8.072/90, é vedada a concessão de liberdade provisória, sendo irrelevante ser o acusado primário, com residência fixa e emprego definido” (*Habeas Corpus* n. 1999.007985-6, de Orleans, rel. Des. Paulo Galotti).

Ademais, estão presentes os requisitos da prisão preventiva inseridos no art. 312 do CPP, a saber: garantia da ordem pública, posto que o delito praticado causou comoção pública, norteados pela violência do ato, e salvaguarda da aplicação da lei penal.

“Entende-se pela expressão (garantia da ordem pública) a indispensabilidade de se manter a ordem na sociedade, que, via de regra, é abalada pela prática de um delito. Se este for grave, de particular repercussão, com reflexos negativos e traumáticos na vida de muitos, propiciando àqueles que tomam conhecimento da sua realização um forte sentimento de impunidade e de insegurança, cabe ao Judiciário determinar o recolhimento do agente” (Guilherme de Souza Nucci, *Manual de Processo e Execução Penal*, SP, RT, 2005, p. 547).

Ora, no conceito de ordem pública, não se visa apenas prevenir a reprodução de fatos criminosos, mas acautelar o meio social e a própria credibilidade da Justiça em face da gravidade do crime e de sua repercussão. A conveniência da medida deve ser revelada pela sensibilidade do Juiz à reação do meio ambiente à ação criminosa.

Neste sentido RHC n. 66.043-1/RS, 2ª Turma, do Colendo Supremo Tribunal Federal, relator o eminente Ministro Carlos Madeira, DJU de 22-5-87, p. 9.756.

O nosso Tribunal de Justiça acerca da matéria já decidiu: “Em matéria de prisão preventiva vige o princípio da confiança no juiz do processo, posto que atuando no local onde os crimes foram perpetrados e

conhecendo as pessoas neles envolvidas é quem melhor pode avaliar a necessidade da decretação da medida cautelar” (Jurisprudência Catarinense, 54/358).

Assim, indefiro a liberdade provisória postulada.

A presente impetração contém duas causas de pedir.

A primeira é relativa à alegada falta de fundamentação da prisão do paciente, que se fundamentou unicamente na vedação contida no artigo 1º, inciso I, da Lei n. 8.072/90.

A segunda causa de pedir diz respeito ao fato de ter sido o paciente pronunciado sem que fosse afastada a qualificadora de “surpresa”, prevista no inciso IV do artigo 121 do Código Penal.

No que concerne à causa de pedir relativa à ausência de fundamentos para a manutenção da prisão cautelar do paciente, tenho que assiste razão ao impetrante, a despeito de ter indeferido o pedido de liminar.

Trago à colação trecho elucidativo da manifestação do eminente Subprocurador-Geral da República, Dr. Edson Oliveira de Almeida, nos autos do HC n. 92.538, também de minha relatoria, no qual se impugna a decisão que manteve inicialmente a prisão do paciente:

6. Quanto à prisão cautelar, melhor sorte assiste ao impetrante. Verifica-se dos autos que o paciente foi preso em flagrante e teve negado o seu pedido de liberdade provisória pelo magistrado, que considerou inquestionável a necessidade da segregação em decorrência da prática de crime hediondo — art. 2º, II, da Lei n. 8.72/90 (*sic*), bem como porque presentes os requisitos do art. 312, do Código de Processo Penal: (a) garantia da ordem pública, por se tratar de crime de homicídio qualificado por motivo fútil (desejo de vingança injustificado), que sensibilizou/abalou a sociedade, causando comoção pública; e (b) aplicação da lei penal, em razão da violência empregada. Cita, como suporte, trechos da doutrina e da jurisprudência. Na mesma linha de entendimento, foi o acórdão impugnado, que consignou: “tratando-se de paciente preso em função da prática, em tese, de crime hediondo, mostra-se despropositada a fundamentação do *decisum* que manteve a me-



dida constritiva de liberdade nos termos exigidos pela prisão preventiva propriamente dita, não havendo que ser considerada a presença de circunstâncias pessoais supostamente favoráveis ao paciente, ou verificada a adequação da hipótese à inteligência do art. 312 do CPP”.

7. Ressalta-se, de início, que a vedação à liberdade provisória nos casos de prisão em flagrante pela prática de crimes hediondos e assemelhados, prevista no inciso II do art. 2º da Lei n. 8.072/90, foi suprimida pela Lei n. 11.464, de 29-3-2007, que deu nova redação ao referido dispositivo. Nesse sentido foi a recente decisão liminar do Ministro Eros Grau, no HC n. 92.656/PR, DJ de 9-10-2007.

8. Ademais, entendo que não está adequadamente fundamentada a necessidade de prisão cautelar, que não pode encontrar justificativa no clamor público e na referência à gravidade em abstrato do delito. É pacífico, no Supremo Tribunal Federal que, à falta de demonstração em concreto do *periculum libertatis*, não são motivos idôneos para a prisão preventiva “nem a gravidade abstrata do crime, ainda que qualificado de hediondo, nem a reprovabilidade do fato, nem o conseqüente clamor público” (RHC n. 79.200/BA, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU 13-8-99). A detenção cautelar, quando assume contornos de “antecipação de sanção penal”, tem sido repelida pela jurisprudência como *abusiva e censurável* (RHC n. 79.200, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU 13-8-99; HC n. 80.277/SP, rel. Min. Maurício Corrêa, DJU 4-5-01).

9. Destaca-se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

[...]

10. Isso posto, opino pelo deferimento parcial da presente ordem, para que seja revogada a prisão cautelar do paciente.

A vedação à concessão de liberdade provisória nas hipóteses de crimes hediondos e equiparados foi, por diversas vezes, considerada constitucional por esta Corte, como se extrai, inclusive, do teor do verbete n. 697 da Súmula do Supremo Tribunal Federal (“697. A proibição de liberdade provisória nos processos por crimes hediondos não veda o relaxamento da prisão processual por excesso de prazo”).

Contudo, com o advento da Lei n. 11.464/07 foi suprimida a expressa proibição à liberdade provisória que constava do inciso II do artigo 2º da Lei n. 8.072/90, tendo permanecido apenas o termo “fiança”.

Devido à referida inovação, esta Corte, recentemente, tem admitido a concessão de liberdade provisória em crimes hediondos ou equiparados, em hipóteses nas quais estejam ausentes os fundamentos previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal (*Habeas Corpus* n. 83.865-1, rel. Min. Menezes Direito, DJ 7-12-2007).

Compartilho do entendimento acima citado, e o faço interpretando os incisos XLIII e LXVI do artigo 5º da Constituição Federal.

Diz o inciso XLIII do artigo 5º da CRFB:

A lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem.

O termo “inafiançáveis”, constante do dispositivo acima transcrito, alcança, a meu ver, tanto a liberdade provisória com fiança como a sem fiança.

É que nenhum sentido haveria em se vedar apenas a concessão de liberdade provisória com fiança aos acusados por delitos mais graves, e permiti-la aos acusados por delitos menos graves, pois tal entendimento redundaria, em última análise, em benefício aos acusados de crimes hediondos, que estariam livres do pagamento de fiança, ao contrário dos réus acusados de crimes menos graves.

Portanto, por uma questão de lógica, tendo em vista que o dispositivo constitucional acima transcrito visa a dar tratamento penal mais grave às hipóteses nele elencadas, é que me parece que a vedação engloba também a hipótese de liberdade provisória sem fiança.

Nesse sentido, cito o seguinte precedente desta Corte:

#### EMENTA

I. Crime hediondo. Prisão em flagrante. Proibição da liberdade provisória. Inteligência. Da proibição da liberdade provisória nos processos por crimes hediondos contida no art. 2º, II, da Lei n. 8.072/90 e decorrente, aliás, da inafiançabilidade imposta pela Constituição —, não se subtrai a hipótese de não ocorrência no caso dos motivos autorizadores da prisão preventiva. II. Prisão preventiva. Ausência de fundamentação cautelar idônea. Revogação e restabelecimento do título da prisão antecedente (HC n. 89.183/MS, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 25-8-2006).

Ocorre que a vedação constante no inciso XLIII está em consonância com o teor do inciso LXVI do artigo 5º da Constituição Federal, cujo teor é o seguinte:

“Ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”.

Assim, diante da supressão da vedação à concessão de liberdade provisória aos crimes hediondos ou equiparados, operada pela Lei n. 11.464/2007, tenho que é legítima a concessão de liberdade provisória ao paciente, uma vez verificada a ausência de fundamentação idônea para a sua prisão.

Ressalto que, por ora, não aplico o entendimento delineado ao crime de tráfico ilícito de entorpecentes, que possui regramento próprio, devendo ser observado se incide, na espécie, o princípio da especialidade.

Afastado o óbice à concessão da liberdade provisória ao delito de homicídio qualificado pelo qual o paciente foi pronunciado, acolho o parecer do Ministério Público Federal.

Com efeito, segundo o entendimento reiterado desta Corte, a gravidade em abstrato dos crimes não é, por si só, motivação hábil para que se decrete a prisão preventiva com base na ameaça à ordem pública (cf. HC n. 85.868, de

minha relatoria; HC n. 85.268, rel. Min. Gilmar Mendes; HC n. 83.806, de minha relatoria, e HC n. 81.795, rel. Min. Ilmar Galvão).

Por outro lado, este Tribunal já se pronunciou no sentido de que o perigo da reiteração criminosa e a periculosidade do agente, analisada no caso concreto, são fundamentos legitimadores da prisão cautelar:

#### EMENTA

*HABEAS CORPUS*. AUSÊNCIA DE AUTORIA. REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. PRISÃO PREVENTIVA. REQUISITOS. NÃO CONFIGURAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

1. Crimes de receptação qualificada, adulteração de sinal identificador de veículo automotor e formação de quadrilha. Pretensão de que fosse reconhecida a ausência de autoria, por ter o paciente, antes dos fatos delituosos, arrendado o estabelecimento comercial onde se deu o flagrante. Inviabilidade do *writ* para o reexame de provas.

2. Prisão preventiva. Decreto que se encontra suficientemente fundamentado na garantia da ordem pública, por ser o acusado dono de outros “desmanches”, havendo, inclusive, receio de que se permanecesse solto continuaria a delinquir. Ordem denegada (HC n. 82.684, rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 1º-8-2003).

#### EMENTA

*Habeas corpus*.

Não sendo vedada pela atual Constituição a interposição de *habeas corpus* originário em substituição do recurso ordinário cabível antes de haver transitado em julgado decisão de *habeas corpus* impetrado anteriormente perante o Superior Tribunal de Justiça, conhece-se do presente *writ* como *habeas corpus* originário.

— Decreto de prisão preventiva devidamente fundamentado na garantia da ordem pública pela gravidade do crime e por sua repercussão. Precedentes do STF. Ademais, a prisão preventiva pode resultar da periculosidade do réu demonstrada pelas circunstâncias do crime, ainda que seja ele primário e de bons antecedentes.

*Habeas corpus* indeferido (HC n. 72.865, rel. Min. Moreira Alves, DJ 9-8-1996).

No caso em tela, da leitura dos autos (fls. 65-80 do Apenso n. 1) verifico que o paciente exerce ocupação lícita, é funcionário do Banco do Brasil, é primário e possui bons antecedentes.

Não foi demonstrada, nem na decisão que manteve a sua prisão em flagrante, nem na decisão de pronúncia, a necessidade concreta da prisão cautelar do paciente, que já está preso há mais de um ano.

No que toca à segunda causa de pedir, referente ao pedido de afastamento da qualificadora de surpresa ao delito de homicídio imputado ao paciente, considero irretocável o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, proferido nos autos do HC n. 84.245/SC, rela. Mina. Jane Silva (Desembargadora Convocada do TJMG), cujo trecho pertinente segue transcrito:

[...]

Por outro lado, no tocante ao pleito de afastamento da qualificadora de surpresa do delito de homicídio atribuído ao paciente, a ordem não pode ser conhecida.

O impetrante sustenta que, tendo em vista a ocorrência de discussão entre o paciente e a vítima, minutos antes da ocorrência delitiva, estaria afastada a qualificadora de surpresa do homicídio perpetrado, em tese, pelo réu.

Todavia, as qualificadoras só podem ser excluídas em casos excepcionais, quando, de forma incontroversa, mostrarem-se absolutamente improcedentes, sem qualquer apoio nos autos — o que não se verifica no presente feito —, sendo que o *habeas corpus* é meio impróprio para tal análise, eis que envolveria reexame do conjunto fático-probatório.

Na hipótese dos autos, o Magistrado singular manteve a acusação quanto à referida qualificadora nos seguintes termos:

“Caracteriza a surpresa o ataque inesperado e de inopino, devendo ser mantida.

A vítima, segundo a prova, estava buscando ingressar no veículo. Em seguida, o réu manobrou seu carro e no retorno colheu a mesma por sobre o leito da rua, arremessando-a contra um muro de pedras. Não

estava ele armado e sim no volante do automotor do casal, logo, foi Yara manifestamente tomada de surpresa, sim, posto que jamais poderia presumir que o carro seria utilizado como arma contra a sua própria pessoa” (fl. 396).

Como se vê, a manutenção da qualificadora foi justificada nas provas dos autos, bem como na análise dos acontecimentos, sendo inviável, portanto, seu reexame em sede de *habeas corpus*.

Com efeito, a via estreita do *writ* é incompatível com a investigação probatória, nos termos da previsão constitucional que o institucionalizou como meio próprio à preservação do direito de locomoção, quando demonstrada ofensa ou ameaça decorrente de ilegalidade ou abuso de poder (art. 5º, inc. LXVIII).

De fato, a análise sobre a pertinência, ou não, da qualificadora consubstanciaria indevida incursão em matéria probatória, o que é repellido na estreita via do *habeas corpus*.

Tal óbice ganha relevo no presente caso, no qual o paciente será submetido em breve a julgamento perante o Tribunal do Júri, de modo que a discussão, no âmbito do presente *writ*, da matéria fática, mostra-se indevida.

Assim, não conheço do *habeas corpus* nessa parte.

Do exposto, conheço parcialmente do presente *writ*, e, na parte conhecida, concedo a ordem para determinar que seja expedido alvará de soltura em favor do paciente, salvo se por outro motivo deva permanecer preso.

É como voto.

## RECLAMAÇÃO

### Reclamação n. 4. 713, de Santa Catarina

Relator: Ministro Ricardo Lewandowski

Reclamante: João de Oliveira Rosa

Advogado: Dr. Alexandre Reis de Freitas

Reclamado: Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal da comarca de Joinville  
(Processo n. 038.06.031557-9)

Interessado: Ministério Público do Estado de Santa Catarina

#### EMENTA

RECLAMAÇÃO. PROCESSO PENAL. PRISÃO DE ADVOGADO. RECOLHIMENTO EM DEPENDÊNCIA DA POLÍCIA MILITAR. DESCUMPRIMENTO DE DECISÃO DO STF NA ADIN N. 1.127. INOCORRÊNCIA. ENTENDIMENTO DA EXPRESSÃO “SALA DE ESTADO MAIOR” CONTIDA NA LEI N. 8.906/94. RECLAMAÇÃO IMPROCEDENTE.

I — O Supremo Tribunal Federal estabeleceu que é constitucional a prerrogativa de o advogado ser preso em sala de Estado-Maior até o trânsito em julgado da condenação.

II — A prisão de profissional inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil em dependência da Polícia Militar não desafia o decidido por esta Corte.

III — A expressão “sala de Estado-Maior” deve ser interpretada como sendo uma dependência em estabelecimento castrense, sem grades, com instalações condignas.

IV — O preceito legal que confere aos advogados o direito à prisão especial, antes do trânsito em julgado da condenação, não desnatura o caráter da medida, que representa uma restrição à

liberdade de locomoção, ainda que em condições diferenciadas dos demais presos.

V — Reclamação cujo alcance não pode ser ampliado, sob pena de transformá-la em verdadeiro sucedâneo do recurso de apelação, ajuizada diretamente perante a Suprema Corte.

VI — Reclamação julgada improcedente.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, julgar improcedente a reclamação. Votou o Presidente. Ausentes, justificadamente, o Senhor Ministro Eros Grau, a Senhora Ministra Cármen Lúcia e, neste julgamento, a Senhora Ministra Ellen Gracie (Presidente), Celso de Mello e Menezes Direito.

Brasília, 17 de dezembro de 2007.

Ricardo Lewandowski — Relator

## RELATÓRIO

O Senhor Ministro Ricardo Lewandowski: Trata-se de reclamação, com pedido de liminar, proposta por Alexandre Reis de Freitas em favor de João de Oliveira Rosa, diante de alegado descumprimento, pelo Juízo da 2ª Vara Criminal de Joinville/SC, de decisão prolatada pelo Supremo Tribunal Federal, nos autos da ADIn n. 1.127-8, da qual fui relator para o acórdão, assim ementado:

Decisão:

O Tribunal, examinando os dispositivos impugnados na Lei n. 8.906, de 4 de julho de 1994: a) por unanimidade em relação ao inciso I



do artigo 1º, julgou prejudicada a alegação de inconstitucionalidade relativamente à expressão “juizados especiais” e, por maioria, quanto à expressão “qualquer”, julgou procedente a ação direta, vencidos os Senhores Ministros Relator e Carlos Britto; b) por unanimidade julgou improcedente a ação direta, quanto ao § 3º do artigo 2º, nos termos do voto do Relator; c) por maioria, julgou parcialmente procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da expressão “ou desacato”, contida no § 2º do artigo 7º, vencidos os Senhores Ministros Relator e Ricardo Lewandowski; d) por unanimidade, julgou improcedente a ação direta, quanto ao inciso II do artigo 7º, nos termos do voto do Relator; e) por unanimidade, julgou improcedente a ação direta, quanto ao inciso IV do artigo 7º, nos termos do voto do Relator; f) por maioria, entendeu não estar prejudicada a ação relativamente ao inciso V do artigo 7º, vencidos os Senhores Ministros Joaquim Barbosa e Cezar Peluso. No mérito, também por maioria, declarou a inconstitucionalidade da expressão “assim reconhecidas pela OAB”, vencidos os Senhores Ministros Relator, Eros Grau e Carlos Britto; g) por maioria, declarou a inconstitucionalidade relativamente ao inciso IX do artigo 7º, vencidos os Senhores Ministros Relator e Sepúlveda Pertence; h) por unanimidade, julgou improcedente a ação direta quanto ao § 3º do artigo 7º; i) por votação majoritária, deu pela procedência parcial da ação para declarar a inconstitucionalidade da expressão “e controle”, contida no § 4º do artigo 7º, vencidos os Senhores Ministros Relator, Ricardo Lewandowski, Carlos Britto e Sepúlveda Pertence, sendo que este último também declarava a inconstitucionalidade da expressão “e presídios” no que foi acompanhado pelo Senhor Ministro Celso de Mello; j) por maioria, julgou parcialmente procedente a ação, quanto ao inciso II do artigo 28, para excluir apenas os juízes eleitorais e seus suplentes, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio; k) e, por votação majoritária, quanto ao artigo 50, julgou parcialmente procedente a ação para, sem redução de texto, dar interpretação conforme o dispositivo, de modo a fazer compreender a palavra “requisitar” como dependente de motivação, compatibilização com as finalidades da lei e atendimento de custos desta requisição. Ficam ressalvados, desde já, os documentos cobertos por sigilo. Vencidos os Senhores Ministros Relator, Eros Grau, Carlos Britto e Sepúlveda Pertence. Votou a Presidente, Ministra Ellen Gracie. Redigirá o acórdão o Senhor Ministro Ricardo Lewandowski. Falaram, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Antônio Fernando Barros e Silva de Souza, Procurador-Geral da República, requerente, Associação dos Magistrados Brasileiros — AMB, o Dr. Sérgio Bermudes

e, pelo interessado, Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, o Dr. José Guilherme Vilela. Plenário, 17-5-2006.

O trecho da sentença monocrática que teria contrariado a decisão acima transcrita tem a seguinte redação:

Com base dos arts. 311, 312 e 313, I, todos do CPP, *decreto a prisão preventiva* de João de Oliveira Rosa, já qualificado, por garantia da ordem pública e da instrução criminal. Expeça-se o mandado de prisão. Uma vez cumprido o mandado, observe-se a ressalva do art. 295 do CPP, devendo ainda ser comunicada a prisão à OAB. Intimem-se (fls. 66-69).

O reclamante consigna que o Magistrado não indicou onde deveria ser cumprido o encarceramento preventivo, asseverando que o local em que este foi recolhido, qual seja, o 8º Batalhão da Polícia Militar de Joinville, não é compatível com as suas prerrogativas profissionais.

Em prol da tese, traz à colação os seguintes precedentes da Casa que garantem aos advogados o recolhimento, até o trânsito em julgado, em sala de Estado-Maior: HC n. 72.465/SP, rel. Min. Celso de Mello; RTJ 169/271-274, rel. Min. Celso de Mello, e RTJ 184/640, rel. para o acórdão Min. Maurício Corrêa.

Aduz, ainda, tratar-se de hipótese em que a decisão desta Casa teria efeito vinculante, decorrente “do particular papel político-institucional desempenhado pela Corte ou pelo Tribunal Constitucional que deve zelar pela observância estrita da Constituição nos processos especiais concebidos para solver determinadas e específicas controvérsias constitucionais” (fl. 6).

Afirma, finalmente, que tal entendimento teria esteio em precedentes do STF, a saber: Rcl. n. 1.723/CE, rel. Min. Celso de Mello, DJ 1º-4-2001; Rcl n. 2.063/RJ, rela. Mina. Ellen Gracie, DJ 5-9-2003; e Rcl. n. 1.987/DF, rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 21-5-2004.

Por tais razões, requer, liminarmente, a remoção do reclamante para a sala de Estado-Maior ou, na sua falta, à prisão domiciliar. No mérito,

pleiteia a fixação de um desses locais para o cumprimento da medida cautelar (fl. 52).

Indeferi a liminar às fls. 241-243.

A autoridade reclamada prestou informações às fls. 249-250.

A Procuradoria-Geral da República opinou pela improcedência do pedido às fls. 691-696.

## VOTO

O Senhor Ministro Ricardo Lewandowski (Relator): Trata-se de reclamação interposta contra decisão que determinou a prisão de advogado sem, contudo, estabelecer que esta se desse em sala do Estado-Maior.

O acórdão atacado seria o da ADIn n. 1.127-8, especificamente na parte em que reconheceu a constitucionalidade da prerrogativa de ver-se o bacharel regularmente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil recolhido em sala do Estado-Maior, com instalações e comodidades condignas, e, na sua falta, em prisão domiciliar, até o trânsito em julgado da decisão condenatória (Lei n. 8.906/94, art. 7º, V).

Ora, a teor do art. 102, I, l, da Carta Magna, duas são as hipóteses que ensejam a reclamação: a usurpação de competência desta Corte ou o desrespeito à sua decisão (Rcl-AgR n. 2.665/MT, rel. Min. Marco Aurélio).

Segundo o reclamante, estaria caracterizada a segunda hipótese, porquanto a decisão do juízo monocrático teria desrespeitado o julgado do STF prolatado na ADIn n. 1.127-8.

Não é o caso, todavia.

Com efeito, o Supremo, como visto, considerou Constitucional a prerrogativa conferida aos advogados, pelo Estatuto da Ordem dos Advoga-

dos do Brasil, Lei n. 8.906, de 4 de julho de 1994, de verem-se recolhidos em “sala de Estado-Maior, em instalações e comodidades condignas, e, na sua falta, em prisão domiciliar”, antes de transitar em julgado sentença condenatória.

Ocorre que, ante a inexistência de sala de Estado-Maior, o Magistrado de primeiro grau determinou que o encarceramento do reclamante fosse levado a cabo em dependência da Polícia Militar catarinense.

Ora, como se sabe, não há definição legal do que seja “sala de Estado Maior”. Em consulta que fiz ao sítio eletrônico do Ministério da Defesa, verifiquei que o Estado-Maior do Exército (EME) foi criado entre nós, em 1896, substituindo a Repartição do Ajudante General:

[...] como uma assessoria do governo para os misteres de preparação militar para a guerra relacionados às hipóteses ao planejamento das operações. Esse importante órgão, subordinado ao Ministro da Guerra, tinha como atribuições: prover a organização do Exército; dirigir e executar operações militares; organizar o plano geral de defesa da República; distribuir e articular tropas, organizar o plano geral de mobilização, de concentração e de transporte; propor ao Ministro da Guerra todos os meios referentes à instrução e à disciplina da tropa.

As atribuições de natureza estratégica e de apoio às Forças Armadas permanecem, atualmente, com as mudanças que a História naturalmente impôs, no Comando do Estado-Maior de Defesa, consoante se extrai do referido sítio eletrônico:

O Estado-Maior de Defesa (EMD), órgão de assessoramento do Ministro de Estado da Defesa, tem como atribuições básicas:

- Formular a doutrina e o planejamento do emprego combinado das Forças Armadas (FA);
- Planejar apoiar e acompanhar as operações militares de emprego combinado das FA;
- Formular a política para o Sistema Militar de Comando e Controle e a doutrina de inteligência operacional para as operações combinadas;

- Propor diretrizes para a atuação das FA na garantia da lei e da ordem, quando couber e na forma da legislação em vigor, e no apoio ao combate a delitos transfronteiriços e ambientais;
- Propor diretrizes para a participação das FA nas atividades relacionadas com a defesa civil e em operações de manutenção da paz; e
- Realizar outras atividades inerentes à sua área de atuação.

Trata-se, pois, de órgão de cúpula do Ministério de Defesa, e que integra também o organograma de cada uma das Forças Armadas, bem como das polícias militares e corpos de bombeiros militares, forças auxiliares e reserva do Exército (art. 144, § 6º, da CF), que funciona em locais apropriados nos distintos estabelecimentos que lhes servem de sede.

Mas o que seria “sala de Estado-Maior,” a que se refere o inc. V do art. 7º da Lei n. 8.906/94? Segundo o juiz-auditor da Justiça Militar do Estado de Minas Gerais Paulo Tadeu Rodrigues Rosa, que estudou a questão em sede doutrinária:

Deve esta ser entendida como sendo o local existente nos quartéis das Forças Armadas ou Forças Auxiliares (Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares) que são forças reservas do Exército, onde a autoridade militar, federal ou estadual, exerce suas atividades de comando e planejamento, que são atribuídas a um oficial, que exercerá o cargo de oficial do Estado-Maior junto a Força a qual pertença (ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. O advogado e a sua prisão. Teresina, Jus Navigandi, ano 3. n. 29. mar. 1999. Disponível em: <http://jus2.uo1.com.br/doutrina/texto.asp?id300>. Acesso em 14 mar. 2007.)

Como lembrou o Ministro Sepúlveda Pertence no julgamento da Reclamação n. 4.535-8/ES, não há nesta Corte nenhuma definição sobre o que seja “sala de Estado-Maior”, salvo em voto do Ministro Nelson Jobim, no HC n. 81.632 (2ª Turma, 20-8-02, Velloso, RTJ 184/640), ocasião em que, reportando-se a ela, consignou o seguinte:

[...] por sala de Estado-Maior, se entende qualquer sala dentre as existentes em todas as dependências de comando das Forças Armadas (Exército, Marinha e Aeronáutica) ou auxiliares (Polícia Militar ou

Corpo de Bombeiros), com a ressalva de que, eventualmente, pode não existir “uma sala específica para o cumprimento da prisão” e, se for o caso, “o Comandante escolhe uma, nas dependências do pavilhão de comando, e a destina para tal fim”.

De fato, se por Estado-Maior se entende o grupo de oficiais que assessoram o Comandante de uma unidade militar (Exército, Marinha, Aeronáutica, Corpo de Bombeiros e Polícia Militar) “sala de Estado-Maior” é o compartimento de qualquer unidade militar que, ainda que potencialmente, possa por eles ser utilizado para exercer suas funções.

Assim, quando se cogita de sala de Estado-Maior, há que se considerar o estabelecimento desprovido de grades — sob pena de transformar-se este em cela —, submetido à autoridade castrense que, em razão de sua especial responsabilidade, possa garantir àqueles a ela confiados sua máxima proteção, em que pese a restrição à liberdade de locomoção que se lhes impôs.

Estando, assim, o causídico recolhido em dependência da Polícia Militar do Estado de Santa Catarina, desprovida de grades, entendo tratar-se de local compatível com o conceito legal “sala de Estado-Maior”, até porque as atividades de comando e planejamento acima referidas podem ser desenvolvidas em qualquer dependência dos estabelecimentos castrenses.

Como bem assentou o Ministro Sepúlveda Pertence, na citada Reclamação:

A distinção que se deve fazer é que, enquanto uma “cela” tem como finalidade típica o aprisionamento de alguém e, por isso, de regra contém grades —, uma “sala” apenas ocasionalmente é destinada para esse fim.

De outro lado, deve o local oferecer “instalações e comodidades condignas”, ou seja, condições adequadas de higiene e segurança.

Vê-se, pois, que a decisão reclamada não desafiou o quanto decidido por esta Corte. Ao contrário: dadas as possibilidades materiais disponíveis, buscou o juiz que a proferiu alojar o sentenciado em local o mais con-

digno possível. E as fotos acostadas aos autos revelam, *ictu oculi*, estar ele dignamente instalado.

De fato, o reclamante está acomodado em local desprovido de grades, guarnecido de cama, armário, geladeira, televisão, aparelho de som, e conta, ainda, com banheiro privativo dotado de chuveiro elétrico.

Cumpra-se, ademais, que a prerrogativa conferida aos advogados, a toda evidência, não tem o condão de alterar a natureza da ação preventiva ou repressiva do Estado. Em outras palavras, o preceito legal que confere a esses profissionais o direito à prisão especial, antes do trânsito em julgado da condenação, não desnatura o caráter da medida, que representa uma restrição à liberdade de locomoção, ainda que em condições diferenciadas dos demais presos.

Consigne-se, por fim, que a reclamação não se presta a desbordar os caminhos recursais ordinários ou outras medidas processuais para afrontar atos tidos como ilegais ou abusivos. A via recursal escolhida está reservada àqueles casos em que se está a desafiar diretamente a autoridade desta Corte, situação que não se evidencia na espécie.

Não se pode, com efeito, ampliar o alcance da reclamação, sob pena de transformá-la em verdadeiro sucedâneo do recurso de apelação, ajuizada diretamente perante o órgão máximo do Poder Judiciário, ou mesmo de outros remédios constitucionais, como o *habeas corpus* ou o mandado de segurança.

Ante o exposto, e, sobretudo, constatada a inexistência de desafio à autoridade desta Corte, julgo a reclamação improcedente.

## VOTO

O Senhor Ministro Carlos Britto: Senhor Presidente, vou fazer uma ligeira observação. Tenho-me debruçado sobre essa distinção entre “cela”

e “prisão” e o significado de “Sala de Estado-Maior” atento à realidade de que hoje não há mais Sala de Estado-Maior, rigorosamente falando. Eu disse isso recentemente, no julgamento do HC n. 91.089/SP, Primeira Turma, no mês de setembro deste ano.

Disse o seguinte, Senhor Presidente:

“15. Com efeito, tenho como certa a distinção entre a ‘cela especial’ e a ‘Sala de Estado-Maior’”.

O STJ tem-se contentado com a sala especial.

O Senhor Ministro Gilmar Mendes (Presidente): No caso específico, o Relator nos mostrou que houve essa distinção.

O Senhor Ministro Carlos Britto: Digo o seguinte:

Distinção que a lei estabelece a partir do uso da linguagem coloquial, ou seja, do uso de termos comuns como o de cela e o de sala. Termos que, prosaicamente, são havidos como distintos, pois enquanto sala significa um espaço de estar ou de se postar para “uso social” — coloquialmente, parece-me que é isso — (Dicionário Eletrônico Houaiss), ou, como no caso das Corporações Militares, encarna o local destinado “ao exercício de funções específicas” (mesmo dicionário), a cela, a seu turno, outro sentido não tem senão o de um espaço físico de confinamento ou restritivo da liberdade de locomoção.

16. Ora bem, é nesse sentido mesmo que as expressões foram legalmente usadas, pois o trancafiamento em Sala de Estado-Maior se distingue do processado em cela especial porque esta última se define por oposição à cela comum. Sem deixar, entretanto, de ser um espaço típico de confinamento.

17. Dito isto, abono o entendimento perfilhado pela impetração: o de que a prisão especial, deferida ao paciente, não atende à prerrogativa de que trata o inciso V da Lei Federal n. 8.906/94.

Por incrível que pareça, quando a lei fala da prerrogativa do advogado de ser recolhido em Sala de Estado-Maior, ela está se referindo a uma sala que impeça a fuga do agente, do cidadão, sem que isso signifique uma



prisão. É como se tivéssemos de nos deparar com o seguinte paradoxo: alguém está preso, porque não pode fugir, mas não pode ser em uma prisão. É uma situação paradoxal.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Relator): Se Vossa Excelência me permite, leio apenas um trecho do meu voto:

Cumpra notar, ademais, que a prerrogativa conferida aos advogados, a toda evidência, não tem o condão de alterar a natureza da ação preventiva ou repressiva do Estado. Em outras palavras, o preceito legal que confere a esses profissionais o direito à prisão especial, antes do trânsito em julgado da condenação, não desnatura o caráter da medida, que representa uma restrição à liberdade de locomoção, ainda que em condições diferenciadas dos demais presos.

O Senhor Ministro Carlos Britto: Perfeito. Ministro Cezar Peluso, o art. 7º da Lei n. 8.906/94 tem a seguinte redação:

Art. 7º São direitos do advogado:

[...]

V— não ser recolhido preso, antes de sentença transitada em julgado, senão em sala de Estado-Maior — veja: preso, mas não em prisão, mas em sala —, com instalações e comodidades condignas, assim reconhecidas pela OAB, — essa parte nós já julgamos inconstitucional — e, na sua falta, em prisão domiciliar.

Claro que eu vou acompanhar o Relator, que, no caso, mostrou que o local de confinamento do reclamante oferece todas essas condições de higiene, de salubridade e até de comodidade.

Quero apenas mostrar que o conceito de Sala de Estado-Maior não se reduz ao conceito de sala especial; é algo mais do que sala especial. E, por incrível que pareça, alguém é recolhido preso, nos termos da lei, mas não em uma prisão. É um paradoxo não simplesmente lingüístico, é efetivo; um aparente paradoxo.

Por isso, acompanho o eminente Relator.

## VOTO

O Senhor Ministro Cezar Peluzo: Senhor Presidente, vou acompanhar o eminente Ministro-Relator, não sem antes fazer a ressalva de que é hora de o Tribunal rever a interpretação sobre o significado dessa norma, que atribui a uma classe privilégio que nem os magistrados têm. De modo que, neste caso concreto, vou acompanhar o eminente Relator.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Relator): Vossa Excelência é até mais restritivo, na verdade.

O Senhor Ministro Cezar Peluzo: Não há uma classe. Entende-se bem o espírito da norma: evitar que um advogado que patrocina a causa seja posto em contato com presos comuns. Mas essa é uma situação em que se encontram os policiais, os promotores e, *a fortiori*, os juízes, nenhum dos quais goza desses privilégios.

O Senhor Ministro Carlos Britto: É fato. Agora, já julgamos a norma constitucional, tirante aquela parte final, então não há o que fazer, pelo menos nesta oportunidade.

O Senhor Ministro Cezar Peluzo: Temos de interpretar: ela é constitucional, mas devemos dar-lhe um sentido que a compatibilize com o princípio da isonomia e da igualdade.

O Senhor Ministro Marco Aurélio: Presidente, o acórdão de cotejo implicou a declaração de inconstitucionalidade do artigo do Estatuto dos Advogados que prevê a sala especial.

O Senhor Ministro Carlos Britto: A critério, só essa parte final.

O Senhor Ministro Ricardo Lewandowski (Relator): Instalações condignas, a critério da OAB. Esta última expressão é que foi julgada inconstitucional. Só esta.

O Senhor Ministro Carlos Brito: A outra não, a outra foi julgada Constitucional.

O Senhor Ministro Marco Aurélio: Não me consta, no caso, que se tenha preservado o local de custódia do reclamante a partir de uma óptica diversa da que nós assentamos no pronunciamento alusivo à ação direta de inconstitucionalidade. O relator apontou esse aspecto. Acompanho-o, ressaltando que, de qualquer forma, não fica fechada a via do *habeas corpus*. Apenas consigno que não há base para concluirmos pela procedência do pedido formulado nesta medida, que é a reclamação.

## RECURSO EXTRAORDINÁRIO

### Recurso Extraordinário n. 218.874-6 de Santa Catarina

Relator: Ministro Eros Grau

Recorrente: Estado de Santa Catarina

Advogado: PGE-SC – Dr. Osmar José Nora

Recorrido: Sindicato dos Servidores do Poder Judiciário do Estado de Santa Catarina — Sinjusc

Advogados: Drs. Amarildo de Melo e outro

#### EMENTA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. LEI COMPLEMENTAR N. 101/93 DO ESTADO DE SANTA CATARINA. REAJUSTE AUTOMÁTICO DE VENCIMENTOS VINCULADO À ARRECADANÇA DO ICMS E A ÍNDICE DE CORREÇÃO MONETÁRIA. INCONSTITUCIONALIDADE.

Lei Complementar n. 101/93 do Estado de Santa Catarina. Reajuste automático de vencimentos dos servidores do Estado-membro, vinculado ao incremento da arrecadação do ICMS e a índice de correção monetária. Ofensa ao disposto nos artigos 37, XIII, 96, II, *b*, e 167, IV, da Constituição do Brasil.

Recurso extraordinário conhecido e provido para cassar a segurança, declarando-se, incidentalmente, a inconstitucionalidade da Lei Complementar n. 101/93 do Estado de Santa Catarina.

#### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em conhecer e dar

provimento ao recurso e declarar incidentalmente a inconstitucionalidade da Lei Complementar n. 101, de 29 de dezembro de 1993, do Estado de Santa Catarina.

Brasília, 7 de novembro de 2007.

Eros Grau — Relator

## RELATÓRIO

O Senhor Ministro Eros Grau: Discute-se neste recurso extraordinário a constitucionalidade da Lei Complementar n. 101/93, do Estado de Santa Catarina, que estabelece o reajuste automático dos vencimentos dos servidores públicos do Poder Judiciário segundo o incremento da arrecadação do ICMS e o índice de correção monetária fixado pela União.

1. O sindicato dos servidores impetrou mandado de segurança coletivo, com pedido de liminar, pleiteando o seu cumprimento. A segurança foi concedida após rejeição das preliminares de ilegitimidade ativa do Sinjusc e de inconstitucionalidade da LC n. 101/93.

2. O Estado de Santa Catarina interpôs recurso extraordinário alegando ofensa ao disposto nos artigos 37, XIII, 96, II, *b*, e 167, IV, da Constituição do Brasil.

3. Alega que

assim decidindo o tribunal local, indiscutivelmente julgou válida a Lei Complementar n. 101/93, frente ao disposto no artigo 96, II, *b* da Constituição Federal, afrontando-o diretamente, na medida em que dito dispositivo constitucional, somente autoriza aumento da remuneração de servidores do Poder Judiciário, através de lei específica, de iniciativa do Tribunal, discutida e aprovada pelo Poder Legislativo e sancionada, promulgada e publicada pelo Chefe do Poder Executivo.

4. Afirma que

também o acórdão recorrido, apreciou e afastou a inconstitucionalidade da Lei Complementar n. 101/93, frente aos artigos 37, XIII, e 167, IV, da Constituição Federal, ao fundamento de figurar o Índice de Preços ao Consumidor, na referida Lei, como mero redutor de eventuais aumentos e, a vinculação estabelecida em relação ao incremento da receita do estado, para fins de aumento de vencimentos, consubstanciar parâmetros de índole local e não federal, daí a validade em sua adoção.

5. Requer o provimento do presente recurso.

6. A Procuradoria-Geral da República opinou pelo provimento do recurso extraordinário.

## VOTO

O Senhor Ministro Eros Grau (Relator): Este Tribunal, em diversas oportunidades, declarou a inconstitucionalidade de legislação semelhante, do Estado de Santa Catarina (AO n. 264, relator o Ministro Maurício Corrêa, DJ de 13-10-95, e AO n. 389, relator o Ministro Carlos Velloso, DJ de 16-8-96).

1. Veja-se, no mesmo sentido, o seguinte julgado:

### EMENTA

AÇÃO ORIGINÁRIA. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA JULGAR INCIDENTE DE ARGUMENTO DE INCONSTITUCIONALIDADE OCORRIDO EM APELAÇÃO CÍVEL E EM REMESSA NECESSÁRIA (ARTS. 480 E 481 DO CPC). IMPEDIMENTO DE MAIS DA METADE DOS MEMBROS DO ÓRGÃO ESPECIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA (CF, ART. 102, I, N, 2ª PARTE). REAJUSTE AUTOMÁTICO DE VENCIMENTOS DOS SERVIDORES DO ESTADO, VINCULADO MENSALMENTE AO COEFICIENTE DE CRESCIMENTO NOMINAL DA ARRECADAÇÃO DO ICMS (ART. 2º DA LEI N. 7.588/89) E A INDEXADOR FEDERAL — IPC (ARTS. 2º E 3º E SEUS

PARÁGRAFOS ÚNICOS DA LEI N. 6.747, DE 3-5-86, E ART. 10 DA LEI N. 7.802/89). VÍCIO DE INICIATIVA.

1. Competência do Supremo Tribunal Federal para julgar apelação interposta para Tribunal Estadual quando a maioria dos juízes efetivos do órgão competente para a causa está impedida. Precedentes.

2. Inconstitucionalidade das disposições legais impugnadas porque ferem a um só tempo os seguintes preceitos constitucionais:

a) iniciativa exclusiva do Governador para deflagrar o processo legislativo de lei que concede aumento de vencimentos ou aumenta a despesa (CF/69, art. 57, II, c/c art. 200; CF/88, art.61, § 1º, II, a);

b) autonomia do Estado, por ficar submisso a índice de correção monetária fixado pela União (CF/69, art. 13; CF/88, art. 25);

c) proibição de vinculação de qualquer natureza para efeito de remuneração do pessoal do serviço público, ao conceder reajuste automático (CF/69, art. 98, parágrafo único; CF/88, art. 37, XIII), e

d) proibição de vinculação da receita de impostos à despesa (CF/88, art. 167, IV).

3. Julgamento total da apelação por não haver resíduo de mérito. Ressalva do ponto de vista vencido do Relator, por entender que com o julgamento do incidente de inconstitucionalidade em apelação (arts. 480 e 481 do CPC e art. 97 da CF), o Supremo Tribunal cumpre e encerra o seu ofício jurisdicional quanto à matéria que era da competência do Órgão Especial do Tribunal *a quo* (Súmulas 293, 455 e 513), acrescentando que fica suprimido um grau de jurisdição no que se refere às demais questões de lei federal. Honorários fixados (AO n. 317, relator o Ministro Maurício Corrêa, DJ de 15-12-95).

2. A Lei Complementar Estadual n. 101/93 dispõe em seu artigo 1º que

a partir de 1º de novembro de 1993, o vencimento do pessoal do Poder Judiciário do Estado terá seu valor corrigido em índice de 80% (oitenta por cento) do incremento da Receita Corrente Líquida do Estado do mês anterior, repassada ao Poder Judiciário, limitado

à variação ocorrida no Índice de Preços ao Consumidor (IPC), ou em índice sucedâneo do mesmo período.

O artigo 2º está assim redigido:

nos meses de janeiro, abril, julho e outubro, serão concedidos reajustes adicionais, limitados em 100% (cem por cento) do incremento da Receita Corrente líquida verificada no trimestre anterior, descontados os percentuais concedidos na forma do art.1º.

3. Os preceitos de que se cuida vinculam os reajustes de vencimentos dos servidores do Poder Judiciário estadual ao incremento da arrecadação do ICMS. O artigo 167, inciso IV, da Constituição do Brasil proíbe a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa; mas não é só: o preceito veiculado pelo art. 37, XIII, da CB/88, na redação que lhe foi conferida pela EC n. 19/98, veda expressamente a “vinculação ou equiparação de quaisquer espécies remuneratórias para o efeito de remuneração de pessoal do serviço público”.

4. Trata-se, ademais, de aumento salarial concedido aos servidores do Poder Judiciário de Santa Catarina sem observância do disposto no artigo 96, II, *b*, da Constituição do Brasil.

Dou provimento ao recurso extraordinário para cassar a segurança concedida e declarar, incidentalmente, a inconstitucionalidade da Lei Complementar n. 101/93 do Estado de Santa Catarina, por afronta ao disposto nos artigos 37, XIII, 96, II, *b*, e 167, IV, da Constituição do Brasil.

O Senhor Ministro Marco Aurélio: Presidente, apenas para ressaltar que, muito embora se aluda a instituto que tem contornos próprios — o do reajuste —, a pressupor a simples reposição do poder aquisitivo da moeda, a forma como a norma está redigida pode realmente albergar aumento de vencimentos.

E há, como apontado pelo Ministro Eros Grau, com o cuidado de sempre, algo que discrepa do tratamento igualitário objetivado pela Cons-



tituição quanto ao reajuste dos servidores na mesma data e considerado o mesmo índice, com um tratamento a encerrar verdadeiro privilégio para os Servidores do Poder Judiciário e, mais, a vinculação do benefício a tributo, à receita decorrente do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços.

Acompanho o relator no voto proferido.



**SUPERIOR TRIBUNAL  
DE JUSTIÇA**

---



## CONFLITO DE COMPETÊNCIA

### **Conflito de Competência n. 78.480 de Santa Catarina (2006/0278230-7)**

Relator: Ministro José Delgado

Autora: Projetech Eletrônica Ltda.

Advogados: Drs. Hayde Hasse Coutinho e outro

Ré: Brasil Telecom S.A.

Suscitante: Juízo Federal da 2ª Vara de Blumenau — SJ/SC

Suscitado: Juízo de Direito da 1ª Vara Cível de Blumenau/SC

#### EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. ASSINATURA BÁSICA DE TELEFONIA. AUSÊNCIA DE INTERESSE DA UNIÃO. FIXAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO JUÍZO COMUM ESTADUAL. PRECEDENTES.

1. Cuida-se de conflito negativo de competência suscitado pelo Juízo Federal da 2ª Vara de Blumenau perante o Juízo de Direito da 1ª Vara Cível de Blumenau objetivando o estabelecimento de competência para o julgamento de ação manejada em face de empresa de telefonia na qual se discute a cobrança de tarifa referente à "Assinatura Básica Residencial".

2. Cuidando-se de direito entre uma empresa particular e uma outra empresa privada, restrita ao âmbito do contrato de prestação de serviços telefônicos que assinaram as partes do processo, a competência para o processamento e julgamento do presente feito é da egrégia Justiça do Estado de Santa Catarina.

3. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo da 1ª Vara Cível de Blumenau/SC.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do conflito e declarar competente o Juízo da 1a. Vara Cível de Blumenau/SC, o suscitado, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. A Sra. Ministra Eliana Calmon e os Srs. Ministros Francisco Falcão, João Otávio de Noronha, Teori Albino Zavascki, Castro Meira, Humberto Martins e Herman Benjamin votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Denise Arruda.

Brasília (DF), 10 de outubro de 2007

JOSÉ DELGADO — Relator

## RELATÓRIO

Cuidam os autos de conflito de competência suscitado pelo Juízo da 2ª Vara Federal de Blumenau/SC nos seguintes termos (fls. 15-16):

Na análise do caso presente verifico que se pretende a declaração da ilegalidade e inexigibilidade da cobrança denominada “assinatura básica”, efetuada pela Brasil Telecom S.A., tratando-se de discussão de direito entre uma empresa particular e uma outra empresa privada, restrita ao âmbito do contrato de prestação de serviços telefônicos que assinaram as partes do processo. A competência para o processamento e julgamento do presente feito é, portanto, da egrégia Justiça do Estado de Santa Catarina.

O posicionamento que ora adoto não é isolado. A boa jurisprudência pátria tem reconhecido que em hipóteses como a presente não há competência da Justiça Federal, restando competente a Justiça Comum Estadual. Assim, trago um precedente recente em consonância com tal entendimento, com o fito de melhor embasar o presente *decisum*. O aresto aplica-se à inteireza ao caso dos autos, eis que no paradigma houve também remessa pela e. Justiça Estadual catarinense ao argumento de necessidade de “participação da Anatel como litisconsorte passiva

necessária”. O julgado é da lavra do Exmo. Sr. Ministro Castro Meira, ao relatar o CC n. 47.016/SC, 1ª Seção, unânime (DJU 18-4-2005), assim ementado:

“CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. SERVIÇOS DE TELEFONIA. ASSINATURA BÁSICA RESIDENCIAL OU COMERCIAL. COBRANÇA. AÇÃO DECLARATÓRIA DE ILEGALIDADE CUMULADA COM REPETIÇÃO DE INDÉBITO. UNIÃO. AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES — ANATEL. INTERESSE AFASTADO PELA JUSTIÇA FEDERAL. SÚMULA 150/STJ. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL.

“1. Se o Juízo Federal entende inexistir interesse jurídico da União ou da Anatel que justifique o processamento do feito naquela Justiça especializada, não há como afastar-se a competência estadual, a teor do que enuncia a Súmula 150/STJ, segundo a qual ‘compete à Justiça Federal decidir sobre a existência de interesse jurídico que justifique a presença, no processo, da União, suas autarquias ou empresas públicas’.

“2. Conflito de competência conhecido para declarar-se competente o Juízo de Direito do Juizado Especial Cível de Criciúma/SC, o suscitante”.

Pelo exposto, e com apoio nos jurídicos fundamentos que embasaram os precedentes jurisprudenciais suso referidos, reconheço de plano a ilegitimidade passiva *ad causam* da Anatel, e suscito conflito negativo de competência perante o e. STJ, em face da 1ª Vara Cível de Blumenau, para que apreciado, venham a ser remetidos os autos ao Juízo reconhecido competente.

Dispensada a manifestação do *parquet*.

## VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ DELGADO (Relator): Esta Corte já se manifestou sobre o tema em exame em inúmeras oportunidades, concluindo pela competência da Justiça Estadual.

Tendo a demanda sido proposta apenas contra a concessionária, pessoa jurídica de direito privado, compete ao Juízo Comum Estadual julgar a lide.

### Precedentes da 1ª Seção sobre o assunto:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA NEGATIVO. JUÍZO DE DIREITO *VERSUS* JUÍZO FEDERAL. AÇÃO DECLARATÓRIA CUMULADA COM REPETIÇÃO DE INDÉBITO PROMOVIDA CONTRA CONCESSIONÁRIA DE TELEFONIA (BRASIL TELECOM S.A.). ASSINATURA BÁSICA RESIDENCIAL. DECLARAÇÃO DE INTERESSE DE ENTE FEDERAL AFASTADO PELA JUSTIÇA FEDERAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL.

1. Trata-se de conflito de competência suscitado pelo Juízo de Direito de Mondai/SC em face do Juízo Federal de São Miguel do Oeste—SJ/SC, nos autos de ação declaratória de nulidade *c/c* repetição de indébito visando ao afastamento da cobrança mensal da "Assinatura Básica Residencial" por concessionária de telefonia (Brasil Telecom S.A.). O Juízo Estadual declinou da competência sob a alegação de que a Anatel deve atuar como litisconsorte passiva necessária, posto tratar-se de serviço de utilidade pública e a sua contraprestação se perfazer com o pagamento de tarifa, cuja modificação e fixação sempre é vinculada à autorização do poder concedente, o que atrai a competência da Justiça Federal. O Juízo Federal, por seu turno, argumentou que a relação jurídica se desenvolve entre o usuário do serviço de telefonia e a concessionária, independentemente do liame estabelecido entre a concessionária e o poder concedente. Concluiu por reconhecer a ausência de legitimidade da Anatel para integrar a lide.

Dispensada a remessa dos autos para parecer ministerial.

2. A ação tem como partes, de um lado, consumidor, de outro, a Brasil Telecom S.A., empresa privada concessionária de serviço público. Ausência da Anatel em qualquer pólo da demanda.

3. *omissis*.

4. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo de Direito de Mondai/SC, suscitante (CC n. 48.447/SC, de minha relatoria, Primeira Seção, DJ 13-6-2005, p. 159).

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. ASSINATURA BÁSICA RESIDENCIAL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO. BRASIL TELECOM S.A. EMPRESA CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL. ILEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO OU QUAISQUER DOS ENTES ELENCADOS NO ART. 109 DA CF/88. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL.



1. Ação proposta em face de empresa concessionária de telefonia objetivando o reconhecimento da ilegalidade da "Assinatura Básica Residencial", bem como a *devolução dos valores pagos desde o início da prestação dos serviços*.

2. Deveras, tratando-se de relação jurídica instaurada em ação entre a empresa concessionária de serviço público federal e o usuário, não há interesse na lide do poder concedente, no caso, a União, falecendo, *a fortiori*, competência à Justiça Federal.

3. Como bem destacou o Juízo Federal:

"[...] Tenho que o presente Juízo é absolutamente incompetente para processar e julgar o feito, porquanto não vislumbro o interesse da União no caso em comento. Isto porque o fato de a Anatel, enquanto agência reguladora, ser responsável pela expedição de resoluções normativas, não acarreta a responsabilidade jurídica dela ou da União para responder em ação onde se questiona a validade de tarifa cobrada pela concessionária com a devolução dos valores pagos a maior. A função da Anatel é regular e fiscalizar a qualidade dos serviços prestados, sendo que a tarifa atacada não é auferida por ela, tampouco pela União. Portanto, a suspensão de sua cobrança ocasionará danos exclusivamente à concessionária, que é quem se beneficia com o recebimento das quantias pagas, de modo que possíveis conseqüências de ordem patrimonial que esta última venha a sofrer serão por esta suportadas e futura revisão no contrato de concessão não altera a *competência para o julgamento do presente feito*. A relação jurídica, na hipótese vertente, desenvolve-se entre o usuário do serviço e a concessionária, a qual é independente da relação constituída entre a concessionária e o poder concedente". Ademais, sequer cabe à Justiça Estadual sindicatado do potencial interesse da Justiça Federal (Súmula 150 do STJ).

4. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo de Direito do Juizado Especial Cível de Criciúma-SC, o suscitante (CC n. 47.032, rel. Min. Luiz Fux, Primeira Seção, DJ 16-5-2005, p. 222).

Isso posto, conheço do conflito e declaro competente o Juízo de Direito da 1ª Vara Cível de Blumenau.

## RECURSOS ESPECIAIS

### **Recurso Especial n. 742.451 de Santa Catarina (2005/0060861-1)**

Relatora: Ministra Denise Arruda

Recorrente: Inácio Theisen

Advogado: Dr. Renato Kadletz

Recorrido: Ministério Público do Estado de Santa Catarina

#### EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO. PREFEITO. INEXISTÊNCIA. LEI N. 10.628/02 DECLARADA INCONSTITUCIONAL PELO STF (ADI N. 2.797/DF). PRECEDENTES DO STF E DO STJ. AFASTAMENTO DO CARGO (ART. 20, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI N. 8.429/92). FATO SUPERVENIENTE. PREJUDICIALIDADE. PERDA DE OBJETO DO REFERIDO TÓPICO. DESPROVIMENTO DO RECURSO ESPECIAL.

1. Na hipótese examinada, o Ministério Público do Estado de Santa Catarina ajuizou ação civil pública por ato de improbidade administrativa, com pedido liminar de indisponibilidade de bens e afastamento do cargo, contra Inácio Theisen (Prefeito do município de Princesa/SC), ora recorrente, e Claudia Adriana Scarciott, com fundamento nos arts. 9º, XI e XII, 10, I e XII, 11 e 12, da Lei n. 8.429/92. O Juízo de primeiro grau de jurisdição determinou o afastamento do réu até o final da instrução processual, a qual foi impugnada pelo ora recorrente por meio de agravo de instrumento em que defendia, essencialmente, a existência de prerrogativa de foro para o julgamento de prefeito pelo Tribunal de Justiça, e a ilegalidade do afastamento do ora recorrente do cargo eletivo.

Sustenta o recorrente, além de divergência jurisprudencial, que o acórdão recorrido negou vigência aos arts. 84, §§ 1º e 2º, do Código de Processo Penal (redação da Lei n. 10.628/02), e 20, parágrafo único, da Lei n. 8.429/92.

Alega, em síntese, que a competência para processar e julgar ação de improbidade administrativa ajuizada contra prefeito não seria do juízo de primeiro grau de jurisdição, mas do Tribunal de Justiça do Estado.

Defende a ilegalidade da determinação do afastamento do cargo eletivo, pois não foi demonstrado prejuízo à instrução processual, tampouco foi fixado prazo máximo para a referida medida.

2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal julgou procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.797/DF, para declarar a inconstitucionalidade da Lei n. 10.628, de 24 de dezembro de 2002, que acresceu os §§ 1º e 2º ao art. 84 do Código de Processo Penal (rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 19-12-2006, p. 37).

3. Assim, em face do efeito vinculante da referida decisão, não há falar em foro especial por prerrogativa de função nas ações de improbidade administrativa ajuizadas contra prefeitos, tampouco em violação do art. 84 e parágrafos do Código de Processo Penal, com a redação da Lei n. 10.628/02.

4. Precedentes dos Tribunais Superiores: STF-Rcl-AgR n. 3.343/SP, 2ª Turma, rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ de 6-11-2006, p. 39; STF-AI-AgR n. 538.389/SP, 2ª Turma, rel. Min. Eros Grau, DJ de 29-9-2006, p. 57; STF-RE-AgR n. 458.185/MG, 2ª Turma, rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 16-12-2005, p. 108; STJ-AgRg na MC n. 7.476/GO, Corte Especial, rela. Min. Laurita Vaz, DJ de 6-11-2006, p. 288; STJ-REsp. n. 753.577/SP, 1ª Turma, rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 30-6-2006, p. 175; STJ-AgRg no REsp. n. 740.084/SP, 1ª Turma, rel. Min. Luiz Fux, DJ de 18-5-2006, p. 194; STJ-AgRg na Rcl n. 1.164/

SP, Corte Especial, rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ de 27-3-2006, p. 134.

5. Consultando o *site* do Tribunal Superior Eleitoral, verifica-se que o ora recorrente não foi reeleito para o cargo de prefeito do município de Princesa/SC, nas eleições realizadas no ano de 2004. Assim, é manifesto que cessou o período de exercício do cargo eletivo do ora recorrente (2000/2004), de modo que é desnecessária qualquer análise sobre o afastamento do agente público para fins de instrução processual da ação de improbidade administrativa, fundado na possível violação do art. 20, parágrafo único, da Lei n. 8.429/92.

6. Desprovimento do Recurso Especial.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros José Delgado, Luiz Fux e Teori Albino Zavascki (Presidente) votaram com a Sra. Ministra Relatora. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Brasília (DF), 27 de novembro de 2007(data do julgamento).

Denise Arruda — Relatora

## RELATÓRIO

Trata-se de recurso especial interposto por Inácio Theisen com fundamento no art. 105, III, *a* e *c*, da Constituição Federal, contra o r. acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, assim ementado (fl. 394):

AGRAVO DE INSTRUMENTO — AÇÃO CIVIL PÚBLICA — IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA — PREFEITO MUNICIPAL — AFASTAMENTO CAUTELAR — LEI N. 8.429/92, ART. 20 — REQUISITOS AUTORIZADORES DEMONSTRADOS — ANÁLISE PERCUCIENTE DA PROVA — IMPOSSIBILIDADE.

Sustenta o recorrente, além de divergência jurisprudencial, que o acórdão recorrido negou vigência aos arts. 84, §§ 1º e 2º, do Código de Processo Penal (redação da Lei n. 10.628/02), e 20, parágrafo único, da Lei n. 8.429/92.

Alega, em síntese, que a competência para processar e julgar ação de improbidade administrativa ajuizada contra prefeito não seria do juízo de primeiro grau de jurisdição, mas do Tribunal de Justiça do Estado.

Defende a ilegalidade da determinação do afastamento do cargo eletivo, pois não foi demonstrado prejuízo à instrução processual, tampouco foi fixado prazo máximo para a referida medida.

Requer o provimento do Recurso Especial para reformar o aresto impugnado.

O recorrido apresentou contra-razões ao recurso especial (fls. 502-506).

Admitido o recurso, subiram os autos a este Tribunal Superior.

O Ministério Público Federal opinou pelo não-conhecimento ou desprovimento do Recurso Especial.

VOTO

A pretensão recursal não merece acolhimento.

Na hipótese examinada, o Ministério Público do Estado de Santa Catarina ajuizou ação civil pública por ato de improbidade administra-

tiva, com pedido liminar de indisponibilidade de bens e afastamento do cargo, contra Inácio Theisen (Prefeito do município de Princesa/SC), ora recorrente, e Claudia Adriana Scarciott, com fundamento nos arts. 9º, XI e XII, 10, I e XII, 11 e 12, da Lei n. 8.429/92.

O Juízo de primeiro grau de jurisdição determinou o afastamento do réu até o final da instrução processual, a qual foi impugnada pelo ora recorrente por meio de agravo de instrumento em que defendia, essencialmente, a existência de prerrogativa de foro para o julgamento de prefeito pelo Tribunal de Justiça, e a ilegalidade do afastamento do ora recorrente do cargo eletivo.

A Lei n. 10.628/02 alterou o art. 84 do Código de Processo Penal, que passou a vigorar com a seguinte redação:

Art. 84. A competência pela prerrogativa de função é do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, relativamente às pessoas que devem responder perante eles por crimes comuns e de responsabilidade.

§ 1º— A competência especial por prerrogativa de função, relativa a atos administrativos do agente, prevalece ainda que o inquérito ou a ação judicial sejam iniciadas após a cassação de exercício da função pública.

§ 2º — A ação de improbidade, de que trata a Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992, será proposta perante o tribunal competente para processar e julgar criminalmente o funcionário ou autoridade na hipótese de prerrogativa de foro em razão do exercício de função pública, observado o disposto no § 1º.

A alteração promovida pela referida norma mudou a competência originária para processar e julgar ação de improbidade administrativa fundada na Lei n. 8.429/92, quando figurar no pólo passivo agente político que detenha foro especial por prerrogativa de função. Referida modificação de competência proporcionou muitas controvérsias sobre o tema, tanto em âmbito jurisprudencial como doutrinário.

Entretanto, o Plenário do Supremo Tribunal Federal julgou procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.797/DF, para declarar a inconstitucionalidade da Lei n. 10.628, de 24 de dezembro de 2002, que acresceu os §§ 1º e 2º ao art. 84 do Código de Processo Penal (rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 19-12-2006, p. 37).

Assim, em face do efeito vinculante da referida decisão, não há falar em foro especial por prerrogativa de função nas ações de improbidade administrativa, tampouco em violação do art. 84 e parágrafos do Código de Processo Penal, com a redação da Lei n. 10.628/02.

Nesse sentido, os seguintes precedentes do Supremo Tribunal Federal: Rcl-AgR n. 3.343/SP, 2ª Turma, rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ de 6-11-2006, p. 39; AI-AgR n. 538.389/SP, 2ª Turma, rel. Min. Eros Grau, DJ de 29-9-2006, p. 57; RE-AgR n. 458.185/MG, 2ª Turma, rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 16-12-2005, p. 108.

Sobre o tema, os seguintes julgados desta Corte Superior:

**AGRAVO REGIMENTAL NA MEDIDA CAUTELAR. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. MEMBROS DO TRIBUNAL DE CONTAS. INCOMPETÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.**

1. Em sessão realizada em 15-9-2005, por ocasião do julgamento das ADIn n. 2.797 e 2.806/DF, o Plenário da Suprema Corte declarou a inconstitucionalidade dos §§ 1º e 2º do art. 84 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei n. 10.628/02, restando, por isso, suprimida a prerrogativa de foro instituída pela novel legislação (acórdão publicado no DJ de 26-9-2005).
2. Incidência do § 2º do art. 102 da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004. Efeito vinculante.
3. Dessa maneira, fica restabelecido o antigo entendimento sufragado por esta Corte, no sentido de que não é da competência originária do Superior Tribunal de Justiça processar e julgar ação de improbidade administrativa fundada na Lei n. 8.429/92, ainda

que o réu tenha prerrogativa de foro para as ações penais. E, como o acessório segue o principal, a medida cautelar manejada também deve acompanhar o destino da ação de improbidade.

4. Agravo regimental desprovido, com determinação de imediata remessa dos autos ao Juízo de origem, a fim de que, sem mais delongas, seja dado prosseguimento ao feito (AgRg na MC n. 7.476/GO, Corte Especial, rela. Mina. Laurita Vaz, DJ de 6-11-2006, p. 288).

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. JULGAMENTO DA ADI N. 2.797. FORO PRIVILEGIADO DE EX-AGENTES PÚBLICOS. INEXISTÊNCIA.

1. No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.797, ocorrido em 15-9-2005, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da Lei n. 10.628/02, que acrescentou os parágrafos 1º e 2º ao art. 84 do Código de Processo Penal.

2. Recurso especial a que se nega provimento (REsp. n. 753.577/SP, 1ª Turma, rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 30-6-2006, p. 175).

RECURSO ESPECIAL. AGRAVO REGIMENTAL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA, POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA, CONTRA PREFEITO. PRERROGATIVA DE FORO. PRONUNCIAMENTO DO STF SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE DA NOVEL REDAÇÃO DO ART. 84 DO CPP (LEI N. 10.628/02).

1. Ação Civil Pública de improbidade administrativa ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo em face do Prefeito de Águas de Lindóia.

2. A questão concernente à prerrogativa de foro de agentes políticos para responder por crimes de responsabilidade, decorrente da novel redação conferida ao art. 84 do CPP pela Lei n. 10.628, de 24 de dezembro de 2002, resta superada nesta Corte.

3. Com efeito, na sessão de julgamento do dia 15 de setembro de 2005, o Pleno do Supremo Tribunal Federal, por maioria, julgou procedente a ADI n. 2.797/DF, para declarar a inconstitucionalidade da Lei n. 10.628/02, que acresceu os §§ 1º e 2º ao art. 84 do



Código de Processo Penal, conforme noticiado no “Informativo STF” n. 401, de 12 a 16-9-05, *in verbis*:

“O Tribunal concluiu julgamento de duas ações diretas ajuizadas pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – Conamp e pela Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB para declarar, por maioria, a inconstitucionalidade dos §§ 1º e 2º do art. 84 do Código de Processo Penal, inseridos pelo art. 1º da Lei n. 10.628/02 – v. Informativo 362. Entendeu-se que o § 1º do art. 84 do CPP, além de ter feito interpretação autêntica da Carta Magna, o que seria reservado à norma de hierarquia constitucional, usurpou a competência do STF como guardião da Constituição Federal ao inverter a leitura por ele já feita da norma constitucional, o que, se admitido, implicaria submeter a interpretação constitucional do Supremo ao referendo do legislador ordinário [...]” (ADI n. 2.797/DF e ADI 2.860/DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 15-9-2005).

4. Deveras, a competência do juízo singular para processar e julgar as ações propostas contra prefeitos revela-se irretorquível. Precedentes do STJ: REsp. n. 718.248/SC, rel. Min. José Delgado, DJ de 6-2-2006 e REsp. n. 712.170/RS, desta relatoria, DJ de 28-11-2005.

5. Agravo regimental desprovido (AgRg no REsp. n. 740.084/SP, 1ª Turma, rel. Min. Luiz Fux, DJ de 18-5-2006, p. 194).

RECLAMAÇÃO. AÇÃO DE IMPROBIDADE. COMPETÊNCIA. ADI N. 2.797.INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI N. 10.628/02 DECLARADA. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

1. No julgamento da ADI n. 2.797/DF pelo Supremo Tribunal Federal foi firmado o entendimento de que a ação de improbidade de natureza civil, não sendo, portanto, competente aquele Pretório “para o conhecimento de ações civis, por ato de ofício, ajuizadas contra as autoridades para cujo processo penal o seria”.

2. Agravo regimental desprovido, com o arquivamento da reclamação, ciente a origem (AgRg na Rcl n. 1.164/SP, Corte Especial, rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ de 27-3-2006, p. 134).

Acrescenta-se que a questão relacionada a afastamento do recorrente do cargo eletivo para fins de instrução da ação de improbidade administrativa está prejudicada por perda de objeto.

Consultando o *site* do Superior Tribunal Eleitoral, verifica-se que o ora recorrente não foi reeleito para o cargo de prefeito do município de Princesa/SC, nas eleições realizadas no ano de 2004.

Assim, é manifesto que cessou o período de exercício do cargo eletivo do ora recorrente (2000/2004), de modo que é desnecessária qualquer análise sobre o afastamento do agente público para fins de instrução processual da ação de improbidade administrativa, fundado na possível violação do art. 20, parágrafo único, da Lei n. 8.429/92.

Nesse sentido, a orientação desta Corte Superior:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. PREFEITO. OBJETIVO DE RECONDUÇÃO AO CARGO. TÉRMINO DO PERÍODO DE EXERCÍCIO DO CARGO ELETIVO. EXISTÊNCIA DE FATO SUPERVENIENTE PREJUDICIAL AO JULGAMENTO DA LIDE. RECURSO ESPECIAL EXTINTO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO.

1. Cuidam os autos de ação de responsabilidade civil por ato de improbidade administrativa com pedido liminar de afastamento imediato ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Alagoas em desfavor de Luiz Daniel da Silva, prefeito do município de São José da Laje/AL, objetivando, em síntese: a) o afastamento imediato do réu do cargo; b) a decretação da indisponibilidade dos seus bens; c) a condenação do réu a ressarcir integralmente os danos provocados à municipalidade; d) a decretação da perda da função pública; e) a suspensão dos direitos políticos do réu, por prazo determinado; f) a proibição do réu em contratar com o Poder Público ou de receber incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio-majoritário, pelo prazo de 10 (dez) anos. Concedida a liminar determinando o afastamento do réu do cargo de prefeito, com a consequente empossa do vice-prefeito, bem como a indisponibilidade de todos os seus bens. O réu interpôs agravo regimental por entender não ter sido demonstrado que a sua permanência no cargo atrapalharia

a instrução processual, e que não estavam caracterizados o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*, requerendo a cassação da decisão vergastada no intuito de reempossá-lo no cargo de prefeito, além de desbloquear seus bens, sob pena de caracterização de cerceamento de defesa.

O TJAL proferiu acórdão mantendo a decisão objurgada, com base no poder geral de cautela disposto no art. 798 do CPC, alegando que o *decisum* prestou-se a resguardar o bem público e o interesse social, sendo necessários o afastamento do réu do cargo e a indisponibilidade de seus bens, restando demonstrados os pressupostos para deferimento da medida liminar. Irresignado, o réu interpôs recurso especial requerendo a cassação do aresto a fim de determinar a sua recondução ao cargo, aduzindo, em suma, que o seu afastamento do cargo só poderia ocorrer se comprovado que estivesse obstaculizando a realização da instrução processual, colacionando precedentes nesse sentido. Aduz violação do art. 20 da Lei n. 8.429/92. O recorrido apresentou contra-razões requerendo a manutenção do aresto atacado em razão de carência de embasamento jurídico do pleito do recorrente.

2. O recorrente objetiva desconstituir o acórdão impugnado a fim de que seja reconduzido ao cargo de prefeito do município de São José da Lage. Todavia, considerando que o período de exercício do mandato no Poder Executivo Municipal já se encontra expirado (era de 2000 a 2004), tem-se caracterizado fato superveniente prejudicial ao exame da lide.

3. Recurso especial extinto sem julgamento do mérito, em razão da perda superveniente de seu objeto (REsp. n. 667.032/AL, 1ª Turma, rel. Min. José Delgado, DJ de 5-12-2005, p. 229).

#### PROCESSO CIVIL — AGRAVO REGIMENTAL — EXTINÇÃO DE MEDIDA CAUTELAR — PERDA DE OBJETO.

1. Extinção da cautelar ajuizada pelo Ministério Público Federal em torno de uma outra demanda acautelatória, que perseguia o afastamento do Prefeito de São Paulo.

2. Decidida pela Corte Especial a competência da Primeira Seção para o julgamento de cautelares oriundas de processos de natureza cível, onde se questiona improbidade administrativa e já extinto o mandato de prefeito, perde o objeto a ação cautelar.

3. Recurso improvido (AgRg na MC n. 2.840/SP, 2ª Turma, rela. Mina. Eliana Calmon, DJ de 17-9-2001, p. 128).

Portanto, é manifesta a perda de objeto da análise da suposta violação do art. 20, parágrafo único, da Lei n. 8.429/92, o que impõe o reconhecimento da prejudicialidade deste tópico.

Ante o exposto, o recurso especial deve ser desprovido, mantendo-se integralmente o aresto recorrido.

**Recurso Especial n. 963.681 de Santa Catarina (2007.0143633-8)**

Relator: Ministro José Delgado

Recorrente: Salvelina Geraldo Campos

Advogados: Drs. Vinícius Marcelo Borges e outro(s)

Recorrido: Estado de Santa Catarina

Procuradores: Drs. Osmar José Nora e outro(s)

**EMENTA**

RECURSO ESPECIAL. CARTÓRIO. ESCRIVÃO. TITULARIDADE. AÇÃO ANULATÓRIA DE ATO JURÍDICO CUMULADA COM REINTEGRAÇÃO DO CARGO. MANDADO DE SEGURANÇA ANTERIORMENTE IMPETRADO COM O MESMO OBJETIVO. LITISPENDÊNCIA. CONFIGURAÇÃO. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

1. Salvelina Geraldo Campos interpõe recurso especial pelas letras *a* e *b* da permissão constitucional contra acórdão assim ementado:

ADMINISTRATIVO. EFETIVAÇÃO EM SERVENTIA EXTRAJUDICIAL. COISA JULGADA. MATÉRIA DECIDIDA EM MANDADO DE SEGURANÇA COM DECISÃO TRÂNSITA EM JULGADO.

1. O fato de se tratar de ação mandamental não impede o acolhimento da litispendência ou coisa julgada, pois o que importa, além da identidade de partes, pedido e causa de pedir, é que ambas as ações conduzam ao mesmo resultado, sendo irrelevante que os ritos sejam diversos (STJ, EDcl no AgRg no MS n. 8.483/DF, Min. Luiz Fux). Desse modo, afronta a coisa julgada material a renovação do pedido e da causa de pedir, mesmo que por fundamento diverso.

2. "Sempre se entendeu entre nós, de conformidade com a lição dos constitucionalistas norte-americanos, que toda lei adversa à Constituição, é absolutamente nula; não simplesmente anulável. A eiva de inconstitucionalidade a atinge no berço, fere-a *ab initio*. Ela não chegou

a viver. Nasceu morta. Não teve, pois, nenhum único momento de validade" (Alfredo Buzaid).

"Declarada a inconstitucionalidade do art. 14 do ADCT da Constituição do Estado de Santa Catarina, a desconstituição dos atos que nele encontravam a sua causa exclusiva era necessária consequência, que foi levada a cabo pela autoridade que os editou" (ROMS n. 10.738/SC).

Opostos embargos de declaração, estes foram rejeitados. O arrazoado especial sustenta: violação dos artigos 267, V, 301, V e § 3º, e 535, I e II, do Código de Processo Civil; artigo 1º do Decreto n. 20.910/32; artigo 1º da Lei n. 9.873/99; artigo 54 da Lei n. 9.784/99 e artigo 5º, *caput*, I, XXXV, XXXVI, XLI e LV da Constituição Federal, sob o pálio da seguinte argumentação: a) não há falar em litispendência e coisa julgada a levar à extinção do feito com respaldo no Mandado de Segurança n. 1998.002138, uma vez que este foi impetrado com fundamento e pedido diametralmente oposto ao da presente ação ordinária; b) o fundamento da ação declaratória é o da ocorrência da preclusão e da prescrição administrativas, institutos que, embora abordados na ação mandamental, não haviam sido apreciados, de leve que fosse, pela decisão denegatória da segurança e posteriores julgamentos dos respectivos recursos nos Tribunais Superiores; c) quanto ao mérito desses direitos, não ocorreu coisa julgada nem litispendência, o que caracteriza violação, pelo acórdão, dos artigos 267, V, e 301, VI, § e 3º, do CPC; d) o entendimento expresso no decisório impugnado com relação à preclusão e à prescrição é divergente da mais atualizada doutrina e jurisprudência pátrias e, também, do pacificado pelo TJSC; e) o ato de efetivação da recorrente deu-se em 8-6-1990 por força de norma legal vigente e com observação do regular trâmite administrativo, e é indiscutível que o Tribunal estadual deixou correr em branco o lapso prescricional.

Recurso extraordinário interposto. Contra-razões ofertadas.

2. Não é possível a análise de infringência a dispositivo constitucional em sede de recurso especial. Portanto a aludida afronta

ao artigo 5º, *caput*, I, XXXV, XXXVI, XLI e LV, da Constituição Federal só pode ser examinada pelo Supremo Tribunal Federal.

3. Não foram prequestionados os artigos 267, V, do CPC; artigo 1º do Decreto n. 20.910/32; artigo 1º da Lei n. 9.873/99; artigo 54 da Lei n. 9.784/99, o que impede o conhecimento do recurso especial por incidência das Súmulas 282 e 356/STF.

4. Pela letra *b* da permissão constitucional, o recurso desmerece admissão. A recorrente não mencionou qual lei ou ato de Governo local teria sido considerado válido pelo acórdão reprochado em face de lei federal.

5. Não prospera a insurgência por violação do artigo 535, II, do Código de Processo Civil. O acórdão enfrentou as questões atinentes à solução da controvérsia posta nos autos, e é certo que o magistrado não está submisso a questionários jurídicos elaborados pelas partes, tampouco a decidir as lides sob o enfoque por elas requerido.

6. Embora a postulante sustente que para ficar configurada a litispendência é necessário que haja identidade de parte, pedido e causa de pedir, o que não ocorre no presente caso,

[...] importa registrar que, a *ratio essendi* da litispendência é que a parte não promova duas demandas visando o mesmo resultado. Ressalte-se que esta é a regra, e por sua vez, comporta exceções, pelo que, por força desses princípios depreendidos das normas e da razão de ser das mesmas é possível afirmar-se que há litispendência quando duas ou mais ações conduzem ao mesmo resultado; por isso que: *electa una via altera non datur* (MS n. 8483/DF, rel. Min. Luiz Fux).

7. *In casu*, a recorrente procura a anulação do Ato Administrativo n. 145/96 da lavra do Presidente do Tribunal de Justiça a fim de que lhe seja restituído o cargo que anteriormente ocupava. Tentou isso por meio da ação mandamental. Não conseguiu. Tentou, novamente, em sede de ação anulatória de ato administrativo c/c reintegração de cargo. Configurada está a litispendência a justificar a extinção do processo. Pensar o contrário seria facultar

às partes litigantes a propositura de um número sem fim de ações objetivando o mesmo fim sob os mais variados fundamentos.

8. Recurso especial parcialmente conhecido quanto aos artigos 535, II, e 301, V, § 3º, do Código de Processo Civil e *não provido*.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer parcialmente do recurso especial e nessa parte negar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Luiz Fux, Teori Albino Zavascki (Presidente) e Denise Arruda votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Brasília (DF), 18 de dezembro de 2007 (data do julgamento)

José Delgado – Relator

### RELATÓRIO

Cuidam os autos de ação ordinária declaratória de direitos cumulada com pedido de anulação de ato jurídico e reintegração de cargo interposta por Salvelina Geraldo Campos contra o Estado de Santa Catarina, requerendo o reconhecimento da prescrição e da preclusão administrativa do direito de a Administração rever o Ato n. 436/90, que a investiu no cargo de Oficial de Registro Civil, Títulos e Documentos, da comarca de Balneário Camboriú, e anular o Ato de Invalidação n. 145/96 do Presidente do TJSC, que a destituiu do referido cargo em face de decisão do STF que



declarou inconstitucional o artigo 14 do ADCT da Constituição do Estado de Santa Catarina, com a sua conseqüente reintegração na serventia.

No Juízo singular, a ação foi extinta sem julgamento do mérito nos moldes do artigo 267, V, c/c o artigo 301, § 1º, do Código de Processo Civil. Opostos embargos declaratórios da sentença, estes foram improvidos.

Opostos embargos de declaração, estes foram rejeitados (fl. 321).

Irresignada, a autora interpõe recurso especial pelas letras *a* e *b* da permissão constitucional sustentando violação dos artigos 267, V, 301, VI e § 3º, e 535, I e II, do Código de Processo Civil; artigo 1º do Decreto n. 20.910/32; artigo 1º da Lei n. 9.873/99; artigo 54 da Lei n. 9.784/99; e artigo 5º, *caput*, I, XXXV, XXXVI, XLI e LV, da Constituição Federal.

Os dispositivos das leis federais acima citadas assim dispõem:

ao Código de Processo Civil:

Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito:

V — quando o juiz acolher a alegação de preempção, litispendência ou de coisa julgada;

Art. 301. Compete-lhe, porém, antes de discutir o mérito, alegar:

V — litispendência.

§ 3º — Há litispendência, quando se repete ação, que está em curso; há coisa julgada, quando se repete ação que já foi decidida por sentença, de que não caiba recurso.

Art. 535. Cabem embargos de declaração quando:

I — houver, na sentença ou no acórdão, obscuridade ou contradição;

II — for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se o juiz ou tribunal.

Do Decreto n. 20.910/32:

Art. 1º As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual

ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em (cinco) anos, contados da data do ato ou fato do qual se originarem.

Da Lei n. 9.873/99:

Art. 1º Prescreve em cinco anos a ação punitiva da Administração Pública Federal, direta e indireta, no exercício do poder de polícia, objetivando apurar infração à legislação em vigor, contados da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado.

Da Lei n. 9.784/99:

Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.

Os fundamentos recursais alegam, em síntese, que:

— não há falar em litispendência e coisa julgada a levar à extinção do feito com respaldo no Mandado de Segurança n. 1998.002138-3, uma vez que este foi impetrado com fundamento e pedido diametralmente oposto ao da presente ação ordinária;

— o fundamento da ação declaratória é o da ocorrência da preclusão e da prescrição administrativas, institutos que, embora abordados na ação mandamental, não haviam sido apreciados, nem de leve que fosse, pela decisão denegatória da segurança e posterior julgamento dos respectivos recursos nos Tribunais Superiores;

— quanto ao mérito desses direitos, não ocorreu coisa julgada nem litispendência, o que caracteriza violação, pelo acórdão, dos artigos 267, V, e 301, V e § 3º, do CPC;

— o entendimento expresso no decisório impugnado com relação à preclusão e à prescrição é divergente da mais atualizada doutrina e jurisprudência pátrias e, também, do pacificado pelo TJSC;

— o ato de efetivação da recorrente deu-se em 8-6-1990, por força de norma legal vigente e com observação do regular trâmite administrativo, e é indiscutível que o Tribunal estadual deixou correr em branco o lapso prescricional.

Forte nesses argumentos, postula o provimento do seu recurso especial com a reforma do acórdão impugnado em face da ocorrência da prescrição e preclusão administrativas e declaração de nulidade do Ato n. 145/98, com reintegração da recorrente em seu cargo.

Foram ofertadas contra-razões suscitando, preliminarmente, a inadmissibilidade do recurso e, no mérito, o seu desprovimento.

Foi interposto recurso extraordinário que alegou violação dos artigos 267, V, 301, VI e § 3º, e 535, I e II, do Código de Processo Civil; artigo 1º do Decreto n. 20.910/32; artigo 1º da Lei n. 9.873/99; artigo 54 da Lei n. 9.784/99 e artigo 5º, *caput*, I, XXXV, XXXVI, XLI e LV, da Constituição Federal.

Em juízo prelibatório o recurso extraordinário foi inadmitido e o recurso especial admitido relativamente ao artigo 301, V e § 3º, do Código de Processo Civil.

Foram interpostos agravos de instrumento das decisões de inadmissão.

É o relatório.

## VOTO

Não é possível a análise de infringência a dispositivo constitucional em sede de recurso especial. Portanto a aludida afronta ao artigo 5º, *caput*, I, XXXV, XXXVI, XLI e LV, da Constituição Federal, só pode ser examinada pelo Supremo Tribunal Federal.

Pela letra *b* da permissão constitucional, o recurso desmerece admissão. A recorrente não mencionou qual lei ou ato de Governo local teria sido considerado válido pelo acórdão reprochado em face de lei federal.

Não prospera a insurgência por violação do artigo 535, II, do Código de Processo Civil. O acórdão enfrentou as questões atinentes à solução da controvérsia posta nos autos, e é certo que o magistrado não está submisso a questionários jurídicos elaborados pelas partes, tampouco a decidir as lides sob o enfoque por elas requerido.

Por outro lado, assinalo que o artigo 267, V, do CPC, além de não ter sofrido debate na instância recorrida, não teve demonstrada pela recorrente no que consistiu a sua vulneração, o que atrai o óbice sumular do verbete 284/STF.

Também não foram debatidos os preceitos do artigo 1º do Decreto n. 20.910/32; artigo 1º da Lei n. 9.873/99; 54 da Lei n. 9.784/99, o que impede o conhecimento do recurso especial pela ausência do questionamento.

Resta para exame de mérito apenas o artigo 301, V e § 3º, do Código de Processo Civil, uma vez que debatido pelo aresto vergastado.

Não logra êxito a insurgência recursal. A postulante sustenta que, para ficar configurada a litispendência, é necessário que haja identidade de parte, pedido e causa de pedir, o que não ocorre no presente caso.

Do exposto do arrazoado especial, dессome-se que o principal argumento utilizado pela parte em seu favor é de que as lides não possuem a mesma causa de pedir, ou seja, na ação mandamental pleiteou-se a anulação do ato em razão de ter sido suprimido o direito de defesa, enquanto na ação declaratória cumulada com anulatória o pedido de anulação do ato administrativo deu-se com base na alegada ocorrência da prescrição e preclusão administrativas.

Dispondo sobre a litispendência, afirma o artigo 301, V e § 1º, do Código de Processo Civil:

Art. 301 — Compete-lhe, porém, antes de discutir o mérito, alegar:

V — litispendência;

§ 1º — Verifica-se a litispendência ou a coisa julgada, quando se reproduz ação anteriormente ajuizada.

Sobre o instituto da litispendência, o ilustre Ministro Luiz Fux fez um exame bastante elucidativo ao julgar o Mandado de Segurança n. 8.483/DF — citado no *decisum* recorrido — no qual afirma que:

É cediço que, consoante o disposto no art. 301, § 1º, do CPC, ocorre a litispendência quando forem propostas ações com as mesmas partes litigantes, o mesmo pedido e a mesma causa de pedir.

Importa registrar que, a *ratio essendi* da litispendência é que a parte não promova duas demandas visando o mesmo resultado, o que, frise-se, em regra, ocorre quando o autor formula em face da mesma parte o mesmo pedido, fundado na mesma causa de pedir.

Ressalte-se que esta é a regra, e por sua vez, comporta exceções, pelo que, por força desses princípios depreendidos das normas e da razão de ser das mesmas é possível afirmar-se que há litispendência quando duas ou mais ações conduzem ao mesmo resultado; por isso que: *electa una via altera non datur*.

O panorama configurado nos autos demonstra que:

— a recorrente foi nomeada Oficial de Registro Civil, Títulos e Documentos da comarca de Balneário Camboriú com fundamento em dispositivo considerado inconstitucional pelo STF com efeitos *ex tunc*;

— dando cumprimento à decisão do STF, o Presidente do TJSC exarou o Ato n. 145/96 anulando a efetivação da ora recorrente;

— inconformada, a parte ingressou com ação mandamental requerendo a anulação do Ato n. 145/96 com o reconhecimento do seu direito

líquido e certo de permanecer no cargo anteriormente ocupado independentemente da aprovação em concurso público;

— a segurança foi denegada, e interposto recurso ordinário, perante este STJ, foi-lhe negado provimento;

— posteriormente, a impetrante ingressou com a presente Ação Ordinária de Anulação do Ato Administrativo *c/c* Reintegração de Cargo n. 145/96, sustentando a impossibilidade de ser desconsiderada a segurança jurídica, a prescrição e a preclusão do ato administrativo dito nulo;

Em meu entender, está configurada a litispendência a justificar a extinção do processo.

Pensar o contrário seria facultar às partes litigantes a propositura de um número sem fim de ações com os mesmos objetivos, sob os mais variados fundamentos.

Não resta a menor dúvida de que a recorrente procura a anulação do Ato Administrativo n. 145/96 a fim de que lhe seja restituído o cargo que anteriormente ocupava. Tentou isso por meio da ação mandamental. Não conseguiu. Tenta, novamente, em sede de ação anulatória de ato administrativo *c/c* reintegração de cargo.

Portanto, forte nas razões acima expendidas, confirmo o acórdão reprochado para conhecer parcialmente do recurso especial e na parte conhecida *negar-lhe* provimento.

É o voto.

**TRIBUNAL DE JUSTIÇA  
DE SANTA CATARINA**

---





## TRIBUNAL PLENO

### AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

**Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2007.040334-8, da Capital**

Relator: Des. Volnei Carlin

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE — LEGITIMIDADE ATIVA — ASSOCIAÇÃO DE ASSOCIAÇÕES COMUNITÁRIAS — ORIENTAÇÃO CONTEMPORÂNEA DO STF — REQUISITO DA PERTINÊNCIA TEMÁTICA ATENDIDO.

Segundo os ditames do art. 85, VII, da Carta Estadual, e seguindo a contemporânea orientação do Pretório Excelso, as associações de associações representativas da comunidade são partes legítimas para propor a ação direta de inconstitucionalidade a fim de questionar lei municipal, desde que configurado o requisito da pertinência temática, correspondente à compatibilidade entre a finalidade institucional da entidade e o interesse judicial a ser defendido.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE — LEI COMPLEMENTAR MUNICIPAL N. 274/07 — ALTERAÇÃO DO ZONEAMENTO DE ÁREA DETERMINADA NO PLANO DIRETOR — INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL — PARAMETRICIDADE — PRINCÍPIO DA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA RESPEITADO.

Os requisitos formais a serem cumpridos pelas leis, a fim de bem se adequarem ao sistema jurídico, podem ser de natureza subjetiva (apreciados na fase introdutória do processo legislativo), referindo-se à questão de iniciativa (competência), ou objetiva (vislumbrados nas fases seguintes), pelos quais devem as espécies normativas atender aos procedimentos de elaboração previstos, constitucionalmente, nos artigos 60 a 69 da CRFB e artigos 48 a 57 da CE/SC.

Destarte, ponderando acerca do princípio da parametricidade, não há razão para evocar a inconstitucionalidade formal de norma com base em dispositivos contidos em lei, hipótese chamada pela doutrina de inconstitucionalidade reflexa ou oblíqua. Logo, não é possível fundamentar a inexistência de audiência pública para a edição de norma municipal partindo-se de requisitos sobre a forma de convocação de populares impostos no Plano Diretor municipal ou no Estatuto da Cidade.

ALTERAÇÃO DO ZONEAMENTO DE ÁREA DETERMINADA NO PLANO DIRETOR — IMPLEMENTAÇÃO DO PROJETO PARA ABRANGER A COPA DO MUNDO DE 2014 — CUMPRIMENTO AOS PRINCÍPIOS DA IMPESSOALIDADE E MORALIDADE — DESVIO DE FINALIDADE INEXISTENTE.

A ação direta de inconstitucionalidade é o instrumento pelo qual o Judiciário exerce exclusivamente o controle de compatibilidade das normas gerais e abstratas com a Constituição. Nesse sentido, a lei representa um ato administrativo que, por exsurgir da mesma função governamental-administrativa, deve respeitar os princípios constitucionais descritos nos arts. 37 da CRFB e 16 da CE.

O Plano Diretor é uma norma dinâmica que não deve distanciar-se da realidade do seu tempo. Por conseguinte, a sua alteração efetuada com o intuito de viabilizar projeto que suplanta o interesse particular para trazer benefícios para todo o Estado, não viola os princípios da impessoalidade e da moralidade. De todo aplicável, outrossim, o princípio da realidade, o qual consiste, em essência, em buscar na prática a melhor convivência social.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2007.040334-8, da comarca da Capital, em que é requerente União Florianopolitana das Entidades Comunitárias — Ufeco, e requeridos Prefeito Municipal de Florianópolis e Presidente da Câmara de Vereadores de Florianópolis:

ACORDAM, em Tribunal Pleno, por unanimidade, rejeitar a preliminar de ilegitimidade ativa *ad causam* e, por maioria de votos, julgar improcedente a ação. Vencidos os Exmos. Srs. Des. Francisco Oliveira Filho, Carlos Prudêncio e Salim Schead dos Santos, que julgavam procedente o pedido, nos termos do parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça, reconhecendo a quebra do princípio da impessoalidade; e o eminente Des. Anselmo Cerello, que julgava extinta a ação. Custas na forma da lei.

## RELATÓRIO

União Florianopolitana das Entidades Comunitárias — Ufeco propôs ação direta de inconstitucionalidade com pedido de liminar contra o Prefeito Municipal e o Presidente da Câmara de Vereadores de Florianópolis, no qual objetiva declaração de inconstitucionalidade da Lei Complementar Municipal n. 274/07, por afronta aos artigos 1º, 16, 140, *caput* e parágrafo único, e 141, *caput* e inciso III, da Constituição do Estado de Santa Catarina.

Defendeu a sua legitimidade para ofertar a presente *actio*, calcada nos arts. 85, VII, da CE e 2º da Lei Estadual n. 12.069/01.

No mérito, sustentou, em síntese, que a norma atacada padece de incompatibilidade com a CE/SC, tanto no aspecto formal quanto no material.

Formalmente, porque teria havido irregularidade na realização da audiência pública exigida pela Constituição Estadual e pela Lei n. 10.257/01 (Estatuto da Cidade), a qual teria viciado o processo legislativo, que culminou com a edição da LC n. 274/07. Segundo alegou a requerente, não houve publicação do Edital de Audiência Pública n. 76/07, já que inexistente nos autos prova da sua efetivação na imprensa oficial ou nos meios normais de divulgação. Acrescentou que a Presidência da Câmara, no dia 22-11-2006, convidou diversas autoridades, entre elas o Presidente da Ufeco, por meio de ofícios; no entanto, não há prova da entrega desses aos destinatários.

Disse que apenas 45 pessoas teriam assinado a lista de presença em audiência, ou seja, 22 pessoas vinculadas ao Figueirense Futebol Clube, 6 integrantes da Câmara Municipal e da Prefeitura, e apenas 17 pessoas representariam, em tese, os reais interesses da população. Tal fato, segundo a acionante, infringiu a Resolução n. 9/87 do Conama, o art. 40 do Estatuto da Cidade, e reduziu, ainda, a letra morta, os ditames do art. 141, III, da Constituição Estadual.

Ademais, calcou a inconstitucionalidade formal na inobservância de pressupostos e ritos procedimentais do processo legislativo, escorados no art. 239, §§ 4º e 5º, da Lei Complementar Municipal n. 1/97 (Plano Diretor do Município de Florianópolis), os quais determinam, respectivamente, que qualquer mudança no Plano Diretor necessita da publicação na imprensa local trinta dias antes da sua votação e de estudo global prévio dos impactos afim de instruir o projeto de lei.

No aspecto material, assentou que o Plano Diretor desviou-se de sua finalidade constitucional, que seria ordenar de forma genérica e impessoal a política de desenvolvimento e expansão urbana para atender a interesse localizado de determinada agremiação esportiva. Disse que a legislação foi gestada e sancionada exclusivamente para beneficiar o Figueirense Futebol Clube, em expressa colisão com os arts. 16 e 141, III, da CRFB e, notadamente, com os princípios da legalidade, da moralidade e da impessoalidade.

Formulou a concessão de medida liminar, na forma do art. 10 da Lei n. 12.069/01, para que seja suspensa a aplicação da norma impugnada.

A apreciação da liminar foi postergada para após as informações (fl. 123), que foram prestadas pelo Município às fls. 129-136, o qual rebateu todos os argumentos da inicial, alegando que os vícios apontados pela requerente correspondem às questões de ilegalidade, que representam mediata ou reflexivamente inconstitucionalidade, o que não pode ser aventado em sede de controle concentrado. Disse que, mesmo assim, a participação popular aconteceu no caso concreto, conforme afirmou a própria autora. Sobre a alegada impessoalidade, esclareceu o Ente Público que as alterações propostas visam possibilitar o credenciamento da cidade aos eventos da Copa do Mundo de 2014, salientando que o projeto trará reflexos significativos na economia municipal e desenvolvimento geral na região, com geração de empregos e atrativos turísticos. Evidenciou o fato de que a lei determina que podem ser exigidas medidas mitigadoras pelo órgão de planejamento municipal, e que compete ao instituto definir os limites de ocupação com exigências de acessibilidade e mobilidade do público usuário, até com a implantação da Via PC-3.

Sustentou a presença do *periculum in mora* inverso, porquanto entende que a suspensão provisória da norma objurgada atrasará totalmente o processo de eventual credenciamento da cidade para a Copa do Mundo

de Futebol. Pleiteou, ao final, a negativa da liminar e a improcedência do pedido.

A Câmara Municipal de Florianópolis apresentou informações às fls. 136-148, nas quais assinala que o art. 141, III, da Constituição Estadual, não representa norma auto-aplicável, e não tem eficácia plena, portanto. Esclareceu que foi realizada a audiência pública, e a convocação dos populares deu-se por meio de edital de publicação no Mural Institucional da Câmara e na *internet*, conforme dispõem o art. 21, § 1º, da Lei Orgânica Municipal a Resolução n. 860/03.

Disse que o chamamento das Associações e Conselhos do Continente foi feito por ofícios, com protocolo de entrega, e que a publicidade pode ser comprovada pelas várias manifestações da imprensa local sobre o tema. Acerca dos vícios formais apontados na tramitação legislativa, asseverou que se correlacionam ao trâmite regimental e à norma municipal, e não possuindo nenhuma simetria com a Carta Estadual. Sobre o vício material, apontou que o Sr. Édio Fernandes, Presidente da Associação Amigos do Estreito, na audiência pública, salientou que o empreendimento trará divisas para todo o Estado de Santa Catarina, com a geração de empregos e arrecadação de ICMS, além de desenvolver toda a área continental. Concluiu que a entidade está agindo em dissonância as suas afiliadas.

No que se refere à supressão do nome do Clube de Futebol da norma que seria votada, a expressão foi retirada porque a lei não engloba somente área do Figueirense Futebol Clube, mas uma parte maior que abrange toda a parte em forma de retângulo constante do mapa, a qual não pertence à agremiação esportiva. Explicou que foram alteradas para área comunitária institucional as áreas residencial predominante — 5 (ARP-5), mista de serviço (AMS) e verde de lazer (AVL), que estava restrita ao espaço do campo para a prática de futebol, ou seja, área privada, que não era de uso público de lazer para a comunidade. Alegou que foram tomadas precau-

ções e estabelecidas condicionantes no que diz respeito à elaboração dos EIA-Rima, e medidas para o sistema circulatório tais como (sistema viário, pedestre, transporte, etc.) da região e do entorno, a implantação da PC-3 e da marginal da beira-mar continental.

Sustentou que o interesse público reside na possibilidade de o município de Florianópolis ser dotado de estrutura necessária para acolher jogos da Copa do Mundo de 2014 e criar condições para que a cidade abarque eventos como outros municípios com centros esportivos. Alegou que não há desvio de finalidade ou ferimento ao princípio da impessoalidade, já que pode o interesse público, em alguns casos como o presente, coincidir com o interesse particular. Ao final, pleiteou a denegação da liminar, para manter-se hígida a norma questionada.

A Procuradoria-Geral de Justiça exarou parecer, às fls. 184-193, no qual opinou pela concessão da medida cautelar pleiteada.

Acresça-se, ao arremate, que foram anexadas duas petições com documentos, as quais pleitam a inclusão de interessados no desfecho do feito, por meio da figura do *amicus curiae*, ou seja, o primeiro exarada pela Associação Amigos do Estreito e o segundo pelo Estado de Santa Catarina. Ambas as entidades alegaram que não houve lesão ao princípio da impessoalidade, e que a mudança no Plano Diretor traria vantagem para todo o Estado de Santa Catarina, com a modernização da cidade, especificamente, invocando o *periculum in mora* inverso.

## VOTO

Objetiva a requerente a declaração de inconstitucionalidade da Lei Complementar do Município de Florianópolis n. 274/07, sob o argumento de que a espécie normativa estaria viciada formal e materialmente por violar os artigos 1º, 16 e 140, *caput* e parágrafo único, e 141, *caput* e seu inciso III, da Constituição do Estado de Santa Catarina.

Em homenagem à ordem processual, faz-se necessário inicialmente apreciar a prefacial de legitimidade ativa da União Florianopolitana de Entidades Comunitárias — Ufeco para propor o feito, porquanto é matéria que pode ser reconhecida de ofício pelo julgador.

A CRFB, no art. 103, determinou o rol de legitimados para intentar ADIn contra lei ou ato normativo federal ou estadual no STF e, no art. 125, acerca da organização da justiça nos Estados, estabeleceu:

Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição.

[...]

§ 2º Cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, *vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão* (sem grifo no original).

A simples leitura do dispositivo dá conta de que a CRFB concedeu aos Estados a liberdade de disciplinar a legitimidade para intentar a ADIn de lei ou ato normativo municipal em face da Constituição Estadual, proibindo apenas que a referida legitimação seja conferida a um só órgão.

No Estado catarinense, estabeleceu a Constituição:

Art. 85. São partes legítimas para propor a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou municipal contestado em face desta Constituição:

[...]

VII — o Prefeito, a Mesa da Câmara ou um quarto dos Vereadores, o representante do Ministério Público, a Subseção da Ordem dos Advogados do Brasil e as associações representativas de classe ou da comunidade, *quando se tratar de lei ou ato normativo municipal* (sem grifo no original).



Assim, não fere o disposto na CRFB a inclusão de associações representativas da comunidade dentre os habilitados, notadamente pela ausência de disposição constitucional em contrário.

A doutrina perfilha este entendimento:

Em relação ao controle de validade das normas municipais, o legislador federal, ao possibilitar que os Estados instituassem ação direta de inconstitucionalidade de lei local em confronto com suas Cartas Estaduais, não discriminou quem poderia propô-la. Deixou a matéria ao critério do constituinte estadual, apenas fazendo ressalva de que não poderia a legitimidade ser atribuída a apenas um único órgão (FLORES, Patrícia Teixeira de Rezende. *Aspectos processuais da ação direta de inconstitucionalidade da lei municipal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 252).

No mesmo sentido:

As partes legítimas para propositura da ação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais, contestados em face da CE, serão especificadas em cada Constituição Estadual (LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. São Paulo: Método, 2005. p. 122).

A pertinência temática é o requisito exigido dos chamados legitimados especiais, em contrapartida dos universais que o dispensam, e se relaciona com a "finalidade institucional compatível com a defesa judicial do interesse" (MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 270).

Especificando suas finalidades, o Estatuto da Ufeco prevê:

Art. 3º A Ufeco tem como finalidade principal lutar pelas reivindicações da população, reunindo e congregando as entidades comunitárias representativas dos moradores dos bairros e outros núcleos habitacionais do município de Florianópolis, motivando-as a participar da conquista de melhores condições de vida, e como finalidades específicas:

[...]

VII — promover a defesa da cultura popular, do meio ambiente, dos direitos dos consumidores e dos direitos urbanos, por meio de ações judiciais ou extrajudiciais.

Percebe-se, pois, o liame entre os interesses defendidos pela Ufeco com o objeto da ação de inconstitucionalidade da LC n. 274/07, hábil a afirmar sua legitimidade *ad causam*.

Não se cogite, outrossim, a necessidade de autorização expressa de assembléia ou estatuto, uma vez que tais pressupostos não são exigidos pela Constituição Estadual, que, como detentora da competência, teria poderes para tanto e não o fez.

Ademais, se para a defesa de interesses individuais de associados em mandado de segurança coletivo não há necessidade de autorização expressa em assembléia, conforme perfilhado em vasto entendimento jurisprudencial, da mesma forma inexistente essa exigência para o exercício do controle de constitucionalidade, em que se busca a supremacia da própria Carta Magna.

Assim, não é de aceitar-se a estipulação de parâmetros ou pressupostos para o exercício do controle concentrado de lei ou ato normativo municipal realizado nesta Corte, sob pena de tolher a legitimidade daqueles elevados pela Constituição do Estado ao grau de capazes para propor a ADIn.

Atente-se ao fato de que o Pretório Excelso recentemente reconheceu a legitimidade de associações de associações ao manejo das ações de inconstitucionalidade, se não, veja-se:

I. ADIn: legitimidade ativa: “entidade de classe de âmbito nacional” (art. 103, IX, CF): Associação Nacional dos Membros do Ministério Público — Conamp 1. *Ao julgar, a ADIn 3153-AgR, 12-8-04, Pertence, Inf STF 356, o plenário do Supremo Tribunal abandonou o entendimento que excluía as entidades de classe de segundo grau — as chamadas "associações de associações" — do rol dos legitimados à ação*

*direta*. 2. De qualquer sorte, no novo estatuto da Conamp — agora Associação Nacional dos Membros do Ministério Público — a qualidade de "associados efetivos" ficou adstrita às pessoas físicas integrantes da categoria, — o que bastaria a satisfazer a antiga jurisprudência restritiva. II. ADIn: pertinência temática. Presença da relação de pertinência temática entre a finalidade institucional da entidade requerente e a questão constitucional objeto da ação direta, que diz com a demarcação entre as atribuições de segmentos do Ministério Público da União — o Federal e o do Distrito Federal. III. ADIn: possibilidade jurídica, dado que a organização e as funções institucionais do Ministério Público têm assento constitucional (STF, ADIn n. 2794/UF, DJ 30-3-2007, PP-00068, rel. Sepúlveda Pertence) (sem grifos no original).

ADIn: *legitimidade ativa: "entidade de classe de âmbito nacional" (art. 103, IX, CF): compreensão da "associação de associações" de classe. Ao julgar, a ADIn 3153-AgR, 12-8-04, Pertence, Inf STF 356, o plenário do Supremo Tribunal abandonou o entendimento que excluía as entidades de classe de segundo grau — as chamadas "associações de associações" — do rol dos legitimados à ação direta.*

II. ADIn: pertinência temática. Presença da relação de pertinência temática, pois o pagamento da contribuição criada pela norma impugnada incide sobre as empresas cujos interesses, a teor do seu ato constitutivo, a requerente se destina a defender (STF, ADIn n. 15/DF, DJ 31-8-2007, PP-00028, rel. Sepúlveda Pertence) (sem grifos no original).

Por todos os argumentos, conclui-se pela legitimidade ativa da União Florianopolitana das Entidades Comunitárias — Ufeco para o manejo da ADIn sob análise, uma vez que autorizada pela Constituição Estadual para tanto, e vislumbrado o requisito da pertinência temática.

Rejeita-se, portanto, a proemial.

Antes de adentrar no mérito, aventou-se, de ofício, a impossibilidade de controle abstrato da Lei Complementar n. 274/07, por possuir a norma efeitos concretos, limitados à extensão territorial a que se destina a alteração de zoneamento. No entanto, optou-se por seguir a tendência moderna do Supremo Tribunal Federal em analisar a inconstitucionalidade

de de leis consideradas de efeitos concretos, nas hipóteses em que exista "um certo grau de abstração e generalidade", consoante recentes julgados acerca de lei orçamentária na ADIn n. 2.925/DF, rela. Mina. Ellen Gracie, j. em 19-12-2003, e ADIn n. 3.316/MT, rel. Min. Eros Grau, j. em 9-5-2007, sobre lei maranhense que criou Município, bem como segundo os precedentes deste Tribunal que seguiram essa tendência e declararam a inconstitucionalidade em leis de outros Municípios que alteraram o Plano Diretor sem a participação popular exigida na Carta Estadual, conforme o precedente citado na inicial, referente à ADIn n. 2006.008950-9, j. em 21-6-2006, de relatoria do Des. Monteiro Rocha.

No *meritum causae*, é necessário relevar que se objetiva neste momento processual a apreciação da presença dos requisitos autorizadores da concessão da medida cautelar de suspensão da norma, nos termos estritos do disposto no art. 10 da Lei n. 12.069/01.

Contudo, em razão da relevância da matéria, e, principalmente, por estar a *actio* pronta para julgamento, porquanto foram prestadas as informações pela Câmara de Vereadores de Florianópolis (fls. 136-148), mediante a manifestação do Procurador-Geral do Município (fls. 129-136) e do Procurador-Geral de Justiça (fls. 184-193), por meio do Coordenador-Geral do Ceccon, passa-se ao julgamento definitivo da questão, consoante o art. 12 da lei acima referida.

O controle de constitucionalidade é o mecanismo previsto pelo Constituinte Originário hábil a aferir a coerência das normas diante dos ditames da Carta Maior. Conforme ensina Alexandre Moraes "Controlar a constitucionalidade significa verificar a adequação (compatibilidade de uma lei ou de um ato normativo com a constituição), verificando seus requisitos formais e materiais" (*Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2003. p. 579).

Sustenta a acionante a inconstitucionalidade formal da LC n. 274/07 por desrespeito a normas relacionadas com sua elaboração, especificamente porque teria havido irregularidade na realização da audiência pública exigida pela Constituição Estadual e pela Lei n. 10.257/01 (Estatuto da Cidade), acabando por viciar o processo legislativo que culminou com a edição da norma.

Alegou, ainda, a requerente que não houve publicação do Edital de Audiência Pública n. 76/07, já que inexistente nos autos prova da sua efetivação na imprensa oficial ou nos meios normais de divulgação.

Por outro lado, a Câmara de Vereadores esclareceu que foi realizada a audiência pública, e a convocação dos populares deu-se por meio de edital de publicação no Mural Institucional da Câmara e na *internet*, conforme dispõem o art. 21, § 1º, da Lei Orgânica Municipal e a Resolução n. 860/03.

Disse que o chamamento das Associações e Conselhos do Continente foi feito por ofícios, com protocolo de entrega, e que a publicidade pode ser comprovada pelas várias manifestações da imprensa local sobre o tema.

No que tange ao controle formal de constitucionalidade das normas que inauguram o ordenamento jurídico, assinala Alexandre Moraes:

O art. 5º, II, da Constituição Federal, consagra o princípio da legalidade ao determinar que *ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*. Como garantia de respeito a este princípio básico em um Estado Democrático de Direito, a própria Constituição prevê regras básicas na feitura das espécies normativas. Assim, o processo legislativo é verdadeiro corolário do princípio da legalidade [...], que deve ser entendido como *ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de espécie normativa devidamente elaborada de acordo com as regras de processo legislativo constitucional* (arts. 59 a 62 da Constituição Federal).

Assim sendo, a inobservância das *normas constitucionais* de processo legislativo tem como conseqüência a inconstitucionalidade formal da lei ou ato normativo produzido, possibilitando o pleno controle repressivo de constitucionalidade por parte do Poder Judiciário, tanto pelo método difuso quanto pelo método concentrado (*Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 2003. p. 579) (sem grifo no original).

Ainda na esteira dos ensinamentos do autor, os requisitos formais a serem cumpridos pelas leis, a fim de bem se adequarem ao sistema jurídico, podem ser de natureza subjetiva (apreciados na fase introdutória do processo legislativo), referindo-se à *questão de iniciativa* (competência), ou objetiva (vislumbrados nas fases seguintes), pelo qual devem as espécies normativas atender aos procedimentos de elaboração previstos constitucionalmente.

No caso em tela, não se visualiza o ataque a qualquer das hipóteses de vício apreciáveis nesta via direta, ou seja, não se questiona a iniciativa, *quorum* de aprovação e edição mediante lei complementar, não transparecendo, pois, inobservância de qualquer dos passos do processo legislativo trilhados, previstos nos artigos 60 a 69 da CRFB e 48 a 57 da CE/SC, não tendo sido ventilados quaisquer dos dispositivos.

Ao contrário, o vício apontado pela acionante relaciona-se com o art. 182 da Carta Magna, o qual possui a seguinte redação:

Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

§ 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.

§ 3º As desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização em dinheiro.

Dentre os dispositivos da Constituição Estadual, somente foi aduzido como supostamente violado o art. 141, *in verbis*:

Art. 141. No estabelecimento de normas e diretrizes relativas ao desenvolvimento urbano, o Estado e o Município assegurarão:

[...]

III — *participação de entidades comunitárias na elaboração e implementação de planos*, programas e projetos e no encaminhamento de soluções para os problemas urbanos; política de uso e ocupação do solo que garanta:

- a) controle da expansão urbana;
- b) controle dos vazios urbanos;
- c) proteção e recuperação do ambiente cultural;
- d) manutenção de características do ambiente natural (sem grifos no original).

A simples leitura dos mandamentos dá conta de que deles só se pode extrair a regra da participação de entidades comunitárias na elaboração ou modificação do Plano Diretor (princípio participativo). Possíveis normas sobre a *forma de convocação da população interessada* para a alteração desses Planos estão disciplinadas na *legislação infraconstitucional*, tal como os arts. 2º, XIII, e 40, § 4º, I, do Estatuto da Cidade, *in verbis*:

Art. 2º A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais:

[...]

XIII — *audiência do Poder Público municipal e da população interessada nos processos de implantação de empreendimentos ou atividades com efeitos potencialmente negativos sobre o meio ambiente natural ou construído, o conforto ou a segurança da população* (sem grifos no original).

Art. 40. O plano diretor, aprovado por lei municipal, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana.

[...]

§ 4º No *processo de elaboração do plano diretor* e na fiscalização de sua implementação, os Poderes Legislativo e Executivo municipais garantirão:

I — *a promoção de audiências públicas* e debates com a participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade;

Sobre esse ponto específico, assinala Alexandre Moraes:

A ação direta de inconstitucionalidade não é instrumento hábil para controlar a compatibilidade de atos normativos infralegais em relação à lei a que se referem, pois as chamadas *crises de legalidade*, como acentua o Supremo Tribunal Federal, caracterizadas pela inobservância do dever jurídico de subordinação normativa à lei, escapam do objeto previsto pela Constituição Federal (*Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 2003. p. 612).

Deste Tribunal, destaca-se:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE — PREFEITA MUNICIPAL DE FLORIANÓPOLIS — LEI CMF N. 589/2001 — ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE SOB O FUNDAMENTO DE VIOLAÇÃO À NORMA CONSTITUCIONAL QUE DISPÕE SOBRE O PROCESSO LEGISLATIVO DE LEI COMPLEMENTAR (ART. 57 DA CE/89) — POSSIBILIDADE DE EXISTÊNCIA DA FIGURA DA ILEGALIDADE, NÃO DA INCONSTITUCIONALIDADE — AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTO DE DESENVOLVIMENTO VÁLIDO E REGULAR DO PROCESSO (ART. 267, IV, CPC) — EXTINÇÃO DO FEITO (ADIn n. 2002.001571-7, da Capital, rel. Des. João Martins, j. em 15-5-02).

No mesmo sentido, conferir: ADIn n. 1997.005342-8, rel. Des. Francisco Oliveira Filho, publicada no DJ n. 9.804, e MS n. 2.859, rel. Des. José Roberge, j. em 16-11-95.



Não se mencione, outrossim, que por não ser a referida norma auto-aplicável poder-se-ia, então, sustentar o controle de constitucionalidade, uma vez que a hipótese retratada abarca exemplo cristalino de inconstitucionalidade reflexa, o que é vedado pelo Supremo Tribunal Federal. Cite-se:

Ação direta de inconstitucionalidade: descabimento: *caso de inconstitucionalidade reflexa*. Portaria n. 001-GP1, de 16-1-2004, do Presidente do Tribunal de Justiça de Sergipe, que determina que o pagamento por via bancária dos emolumentos correspondentes aos serviços notariais e de registro — obtidos através do sistema informatizado daquele Tribunal — somente pode ser feito nas agências do Banco do Estado de Sergipe S. A. — Banese. Caso em que a portaria questionada, editada com o propósito de regulamentar o exercício de atividade fiscalizatória prevista em leis federais (L. 8.935/94; L. 10.169/2000) e estadual (L. est. 4.485/2001), retira destas normas seu fundamento de validade e não diretamente da Constituição. *Tem-se inconstitucionalidade reflexa — a cuja verificação não se presta a ação direta — quando o vício de ilegitimidade irrogado a um ato normativo é o desrespeito à Lei Fundamental por haver violado norma infraconstitucional interposta, a cuja observância estaria vinculado pela Constituição* (STF, ADIn n. 3.132, DJ 9-6-2006 PP-00004 EMENT VOL-02236-01 PP-00096 LEXSTF v. 28, n. 332, 2006, p. 33-49, rel. Sepúlveda Pertence) (sem grifos no original).

CONSTITUCIONAL. PROCESSO LEGISLATIVO. PRIVATIZAÇÃO. DESESTATIZAÇÃO DE SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. EMPRESA DE ÁGUAS E SANEAMENTO. *ALEGADA IRREGULARIDADE NA TRAMITAÇÃO POR AUSÊNCIA DE OITIVA DA COMISSÃO DE SAÚDE E SANEAMENTO DA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA. QUESTÃO INTERNA CORPORIS. AÇÃO NÃO CONHECIDA* (ADIn n. 2.038/BA, rel. para o acórdão Min. Nelson Jobim, j. em 18-8-99, publicado no DJU em 25-2-00, p. 0051) (sem grifos no original).

E ainda:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE — INSTRUÇÃO NORMATIVA — PORTARIAS N. 24/94 E N. 25/94 DO SECRETÁRIO DE SEGURANÇA E SAÚDE NO TRABALHO — PREVENÇÃO CONTRA SITUAÇÕES DE DANO NO AMBIENTE DE TRABALHO — CONTROLE

MÉDICO DE SAÚDE OCUPACIONAL — ATO DESVESTIDO DE NORMATIVIDADE QUALIFICADA PARA EFEITO DE IMPUGNAÇÃO EM SEDE DE CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE — AÇÃO NÃO CONHECIDA. PARAMETRICIDADE E CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO — A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, EM TEMA DE AÇÃO DIRETA, QUALIFICA-SE COMO O ÚNICO INSTRUMENTO NORMATIVO REVESTIDO DE PARAMETRICIDADE, PARA EFEITO DE FISCALIZAÇÃO ABSTRATA DE CONSTITUCIONALIDADE PERANTE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AÇÃO DIRETA E OFENSA FRONTAL À CONSTITUIÇÃO — O CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO, PARA EFEITO DE SUA VÁLIDA INSTAURAÇÃO, SUPÕE A OCORRÊNCIA DE SITUAÇÃO DE LITIGIOSIDADE CONSTITUCIONAL QUE RECLAMA A EXISTÊNCIA DE UMA NECESSÁRIA RELAÇÃO DE CONFRONTO IMEDIATO ENTRE O ATO ESTATAL DE MENOR POSITIVIDADE JURÍDICA E O TEXTO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL — REVELAR-SE-À PROCESSUALMENTE INVIÁVEL A UTILIZAÇÃO DA AÇÃO DIRETA, QUANDO A SITUAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE — QUE SEMPRE DEVE TRANSPARECER IMEDIATAMENTE DO CONTEÚDO MATERIAL DO ATO NORMATIVO IMPUGNADO — DEPENDER, PARA EFEITO DE SEU RECONHECIMENTO, DO PRÉVIO EXAME COMPARATIVO ENTRE A REGRA ESTATAL QUESTIONADA E QUALQUER OUTRA ESPÉCIE JURÍDICA DE NATUREZA INFRACONSTITUCIONAL, COMO OS ATOS INTERNACIONAIS — INCLUSIVE AQUELES CELEBRADOS NO ÂMBITO DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT) — QUE JÁ SE ACHAM INCORPORADOS AO DIREITO POSITIVO INTERNO DO BRASIL, POIS OS TRATADOS CONCLUÍDOS PELO ESTADO FEDERAL POSSUEM, EM NOSSO SISTEMA NORMATIVO, O MESMO GRAU DE AUTORIDADE E DE EFICÁCIA DAS LEIS NACIONAIS. INTERPRETAÇÃO ADMINISTRATIVA DA LEI E CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO. [...] (ADIn-MC 1.347/DF — DISTRITO FEDERAL, Min. Celso de Mello, j. em 5-9-1995, Órgão Julgador: Tribunal Pleno).

Destarte, os defeitos possivelmente ocorridos durante o processo legislativo somente podem ser apreciados em ADIn se relacionados, como

já dito, com a ocorrência de inconstitucionalidade. Entretanto, a ilegalidade ou violação de norma sobre a forma de convocação dos populares para a audiência pública, se feita por publicação em jornal local ou por mural afixado na Câmara de Vereadores, *internet*, ou ofícios para as entidades representantes da comunidade, representa suposta ilegalidade, e é vedada a análise no controle concentrado.

Não obstante ser impossível o controle de legalidade por meio do presente instrumento processual, a audiência pública exigida por lei foi de fato executada em 7-12-2006, com a garantia da participação de "entidades comunitárias" tal qual descreve a norma constitucional, porquanto participaram dela, além das autoridades ligadas ao Executivo e ao Legislativo, o Presidente da Associação Amigos do Estreito e populares, consoante a ata juntada pela acionante às fls. 78-89.

Foi publicado Edital de Audiência Pública n. 076/06 a fim de convidar a todos para participarem da audiência, conforme o documento de fl. 69 oferecido pela acionante, o qual foi complementado pelos ofícios enviados a diversas autoridades, dentre as quais o Presidente da Ufeco, todos com comprovante de entrega, conforme consta às fls. 157-160.

Superadas as alegações de incompatibilidades formais apontadas, uma vez que a ilegalidade da convocação para a audiência pública eventualmente praticada não pode ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade, volta-se a atenção às materiais, as quais, como bem ressalta a denominação, têm em mira observar a conformidade constitucional do conteúdo da lei.

Para cumprir tal propósito, reputa-se fundamental analisar o teor da LC n. 274/07 que "altera zoneamentos aprovados pela Lei Complementar n. 001 de 1997 e dá outras providências", a qual prevê:

Art. 1º Ficam alteradas para Área Comunitária Institucional (ACI) a Área Residencial Predominante-5 (ARP-5), a Área Verde de Lazer

(AVL) e a Área Mista de Serviços (AMS) localizadas na UEP — 31, Canto, conforme delimitação constante no mapa anexo, escala 1:10.000, parte integrante desta Lei.

Art. 2º Aplica-se à área ACI, objeto desta Lei Complementar, os termos do art. 100 da Lei Complementar n. 011 de 1997, com referência a complexos de múltiplo uso.

Art. 3º O licenciamento das obras de qualquer empreendimento na área objeto desta Lei Complementar ficará condicionado à apresentação de Estudo de Impacto de Vizinhança (EIV) que será de responsabilidade do(s) empreendedor(es), e sua análise será procedida pelo Instituto de Planejamento Urbano de Florianópolis (IpuF), que emitirá parecer sobre a possibilidade ou não do requerido, exigindo, se forem o caso, medidas compensatórias e mitigadoras, atendidas as disposições do estatuto da Cidade.

Art. 4º O(s) habite-se(s) de empreendimento(s) na área objeto desta Lei Complementar, observadas no que couber as disposições relativas aos pólos geradores de tráfego fica(m) condicionado(s) à conclusão e à consequente liberação pelos órgãos competentes das obras de melhorias no sistema viário exigidas pela municipalidade e de competência do(s) empreendedor(es); conforme projetos orientados pelo Instituto de Planejamento Urbano de Florianópolis (IpuF).

Art. 5º Esta Lei Complementar entra em vigor na data da sua publicação.

Assinala a postulante que a LC n. 274/07 estaria em desacordo com os princípios da impessoalidade e da moralidade previstos na CE/SC, considerando que os incentivos urbanísticos concedidos pela lei visariam atender exclusivamente ao interesse do empreendimento denominado *Arena do Figueirense Futebol Clube*, e ela desvirtuaria a finalidade constitucional do Plano Diretor, que seria ordenar de forma genérica e impessoal a política de desenvolvimento urbano.

A legalidade já foi combatida juntamente com o tópico retratado anteriormente, e cabe salientar que pelo requisito da parametricidade não

há sustentar a inconstitucionalidade de norma jurídica por ferimento a esse preceito.

Os princípios da impessoalidade e da moralidade encontram-se positivados no art. 16 da Constituição Estadual, note-se:

Art. 16. Os atos da *administração pública* de qualquer dos Poderes do Estado obedecerão aos princípios de legalidade, *impessoalidade, moralidade* e publicidade (sem grifos no original).

O dispositivo em comento está inserido no capítulo que trata da administração pública, cujo conteúdo advém do art. 37 da CRFB, que possui a seguinte redação:

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 [...] (sem grifos no original).

O artigo em referência trata dos princípios constitucionais aplicáveis ao ato administrativo, que é o meio pelo qual o agente público executa a competência que lhe é atribuída, de modo que o descompasso entre os atos emanados e esses preceitos possui como conseqüência a sua invalidação.

Diógenes Gasparini explica a matéria da seguinte forma:

Invalidação é o ato administrativo que retira retroativamente, parcial ou totalmente, um ato administrativo praticado em desconformidade com o ordenamento jurídico. É também chamado de anulação. O ato de declaração expropriatória praticado com desvio de finalidade (perseguição ao proprietário) viola o ordenamento jurídico e deve ser retirado. Essa retirada é conseguida com a prática de ato de invalidação (*Direito administrativo*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 89).

Por sua vez, o ato administrativo, como todo e qualquer comportamento da Administração Pública, é sujeito aos controles administrativo e judicial.

Nessa esteira, a tese defendida pela acionante aponta no sentido de que a lei é um ato administrativo emanado pelo Poder Legislativo e como tal deve respeitar os princípios que perfilham esse ato, sob pena de ser invalidado por meio de ação direta de inconstitucionalidade, seguindo a orientação de Oswaldo Luiz Palu, segundo a qual "o ato legislativo e o ato executivo exsurgem da mesma função — função governamental-normativa — e, portanto, podem sofrer o controle pelas mesmas técnicas" (*Controle dos atos de governo pela jurisdição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 378).

Assente-se que não incumbe ao Poder Judiciário, em sede de controle de constitucionalidade, enfim, fazer juízo de valor acerca do acerto ou desacerto da propositura legislativa; cabe, contudo, tão-somente, verificar se a indigitada lei municipal encontra-se maculada por algum vício constitucional.

Persegue-se, portanto, por meio de ação declaratória de inconstitucionalidade, o controle referente a suposto desvio de finalidade na edição de lei pessoal e imoral que alterou o gabarito do Plano Diretor, passando a área residencial predominante 5 (ARP-5), a área verde de lazer (AVL) e a área mista de serviços (AMS) localizadas na UEP-31, Canto, para área comunitária Institucional (ACS), já que, segundo a acionante, ocorreu tão-somente para beneficiar a agremiação Figueirense Futebol Clube.

Segundo os documentos apresentados, a alteração efetuada transborda os interesses lucrativos do clube em referência, uma vez que a construção da arena de futebol é a pedra fundamental do projeto que aspira trazer ao Estado de Santa Catarina o evento da Copa do Mundo de 2014.

Tal projeto implicará a renovação urbanística da Capital do Estado de Santa Catarina, e existe a expectativa de aplicação de recursos federais e estaduais para a implementação de todas as demais providências necessárias para torná-lo viável, tais como: ampliação do aeroporto internacional

Hercílio Luz (fls. 46-51 do anexo), construção de metrô de superfície, servindo-se da ponte Hercílio Luz para integrar o sistema de transporte coletivo (fls. 54-57 do anexo), complementação do plano viário continental (fls. 61-67) e a implantação de um porto marítimo na Ponta do Leal, interligado com o sistema de transporte terrestre (fls. 75-77).

É indispensável, para elucidar a questão, considerar que o motor da ação administrativa, nas palavras de Jean Riveiro, citado por Romeo Filipe Bacelar Filho, "é essencialmente desinteressado: é a prossecução do interesse geral, ou ainda da utilidade pública, ou, numa perspectiva mais filosófica, do bem comum" (*Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar*. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 175).

Sobre o princípio da impessoalidade, leciona Juarez Freitas:

*O princípio da imparcialidade (que o constituinte preferiu denominar, impropriamente, princípio da impessoalidade), deriva do princípio geral da igualdade. Mister traduzi-lo como vedação constitucional de qualquer discriminação ilícita e atentatória à dignidade humana [...].*

Portanto, segundo o princípio da imparcialidade, apenas não se mostram legítimos os subjetivismos injustificáveis, os caprichos lesivos e as idiosincrasias danosas. Ademais, *requer ênfase às políticas públicas de Estado*, em lugar de vontades transitórias e fugazes de governo, ou melhor, *sobrepondo-se a elas*, especialmente quando o Direito administrativo vê alterado o seu eixo para transformar no Direito que regula relações internas e externas da Administração Pública, *para além dos mandatos políticos, numa era em que, por variadas razões, precisa-se apostar em parcerias de longo prazo, planejamento fiscal e, sobretudo, em modelos regulatórios confiáveis e imparciais* (*O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 53).

As limitações sobre a discricionariedade administrativa por meio do princípio da razoabilidade, igualmente, devem ser atendidas, segundo Luiz Henrique Uruhart Cadermatori:

É por essa razão que, segundo a autora, a razoabilidade se insere como um dos principais limites à discricionariedade administrativa.

Esse princípio, segundo o seu entendimento, opera numa relação de *adequação jurídica entre o motivo (situação de fato ou de direito que enseja a produção do ato) e o conteúdo (aquilo sobre o qual ele dispõe) do ato administrativo, levando em consideração uma finalidade de interesse público. A única maneira de comprovar, efetivamente, o atendimento a este princípio, será examinando a categoria motivação (justificativa formal do motivo) que determinou a expedição do ato. (Discricionariedade administrativa no estado constitucional de direito. Curitiba: Juruá, 2001. p. 135) (sem grifos no original).*

Ora, na hipótese, ficou clarividente que a alteração efetuada no Plano Diretor da cidade suplanta os interesses privados da agremiação, já que trará renda, investimentos, arrecadação de impostos e visibilidade para o Estado, o que leva à conclusão de que o interesse público, ao revés do que foi sustentado pela acionante, preponderou ao exercitar o legislador a sua atividade-fim.

Nesse íterim, o princípio da impessoalidade subsistiu imaculado, porquanto a edição da lei de fato representou a vontade da maioria, em atenção ao princípio da democracia participativa, bem como ao interesse público, extravasando-se para além dos mandatos políticos, conforme asseverou Juarez Freitas, já que envolveu esforços das diversas esferas de Governo na consecução de um projeto para a Copa do Mundo de 2014.

Pela mesma razão, analisando-se sob a ótica retratada pelo professor supracitado, não existiu nenhum desvio de finalidade na edição da norma, já que a discricionariedade do legislador produziu completa consonância entre o motivo e o conteúdo da norma, operação que resultou em denominador comum entre interesse público e privado.



Da mesma forma, a moralidade não foi desvirtuada, já que o produto é consequência da ponderação dos bens jurídicos postos em jogo, preponderando, *in casu*, não o interesse da agremiação, mas, sim, o público.

A operação do intérprete constitucional é realizada dessa maneira, se não, veja-se:

Nesta, como em outras hipóteses, o intérprete, sob a inspiração do princípio da unidade da Constituição, há de encontrar o espaço adequado de incidência de cada uma das normas que potencialmente podem incidir sobre o caso concreto.

O papel do princípio da unidade é o de reconhecer as contradições e tensões — reais ou imaginárias — que existam entre as normas constitucionais e delimitar a força vinculante e o alcance de cada uma delas. Cabe-lhe, portanto, o papel de harmonização ou "otimização" das normas, na medida em que se tem de produzir um equilíbrio, sem jamais negar por completo nenhuma delas. Também aqui, a simplicidade da teoria não reduz as dificuldades práticas surgidas na busca do equilíbrio desejado na eleição de critérios que possam promovê-los (BARROSO, Luiz Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 200).

De todo aplicável, também, o princípio da realidade, classificado dentre a categoria dos princípios implícitos, trazido por Diogo de Figueiredo Moreira Neto e desenvolvido por Augustini Gordillo, o qual consiste, em essência, em reger, na prática, a realidade da melhor convivência social, rechaçando fundamentos irrealis ou fantasiosos, já que "o Direito rege a realidade da convivência social; não é um conjunto de preceitos descompassados com o que de fato ocorreu, ocorre ou pode ocorrer" (*Curso de direito administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 79).

Nessa linha de raciocínio, Regis Fernandes de Oliveira traduz, sobre o Plano Diretor:

*A cidade é dinâmica. A população por ela migra. A ocupação física muda. Transferem-se de um lugar para outro os interesses econômicos. O comércio busca o comprador; vai onde está o dinheiro. As*

indústrias procuram benefícios legais para a instalação, verificando qual o Município que melhor condições oferece. O administrador tem de ter idéias para organizar a cidade [...].

*Sendo dinâmico o plano, mas sendo uma lei, sua eficácia distancia-se da realidade com o passar do tempo. Imprescindível, pois, que seja atualizado, atentando à nova realidade, ou seja, às mudanças operadas na realidade empírica. Esta altera-se freqüentemente e muda o interesse de cada micro-realidade. Logo, é necessário que o plano diretor acompanhe tais alterações.* Por isso é que a lei nacional determina que seja revista a lei que o instituir pelo menos, a cada dez anos (§ 3º, do art. 40) (*Comentários ao estatuto da cidade*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 131) (sem grifos no original).

Dos documentos colacionados, conclui-se, outrossim, que a LC n. 274/07 não representa uma mudança em descompasso com o ordenamento da cidade, ao contrário, exhibe que as autoridades estão de fato preocupadas com o progresso ordenado. E o Plano Diretor, conforme explicitado pelo doutrinador em referência, deve acompanhar a realidade de seu tempo, não pode permanecer estagnado.

Quanto ao alegado malferimento ao princípio do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, sustentado pela acionante e pelo *Parquet*, em seu parecer, observe-se que a área verde de lazer a que se refere a LC n. 274/07 corresponde aos limites do campo de futebol, a qual estava erroneamente classificada na lei referida como AVL, e que há muito corresponde à área privada pertencente ao Clube, consoante fl. 180.

Outrossim, no que se refere a eventual impacto de vizinhança que venha a sofrer a região em decorrência da lei questionada, rompendo em tese tal preceito constitucional, saliente-se que o próprio diploma coloca, no art. 3º, como requisito para a concessão de licenças "a apresentação de Estudo de Impacto de Vizinhança (EIV) que será de responsabilidade do(s) empreendedor(es)", prevendo também a possibilidade de imposição

de "medidas compensatórias e mitigadoras, atendidas as disposições do estatuto da Cidade".

Convém asseverar o que esclareceu Álvaro Luiz Valery Mirra a respeito do dano ambiental:

Bem por isso, como é de regra na disciplina das relações de vizinhança, não é qualquer incômodo que dá lugar à caracterização de um dano, mas aquele considerado excessivo e intolerável, ou, como se costuma dizer, anormal. O que não excede a medida da normalidade enquadra-se nos encargos ordinários da vizinhança a serem suportados pelos indivíduos como imperativo da vida em sociedade. Sob esse prisma, considera-se, no mais das vezes, anormal um incômodo grave, contínuo e periódico, sendo tolerável uma agressão banal ou passageira (*A ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 75) (sem grifos no original).

Outrossim, explicita acerca do direito de anterioridade:

O fundamento de base dessa teoria pode ser buscado na idéia de aceitação de riscos, *segundo a qual se instalando em um bairro ou localidade cujos inconvenientes são notoriamente conhecidos e coletivamente suportados, os vizinhos aceitam de maneira tácita suportá-los também, bem como as conseqüências que delas derivam, desde que se expuseram voluntariamente às agressões existentes* (*A ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 75) (sem grifos no original).

Destarte, o malferimento ao referido preceito constitucional não se sustenta, já que a atividade da agremiação é preexistente, e a mudança a ser efetuada e empreendida no local ainda será estudada pelas autoridades competentes, balizando-se os impactos com medidas mitigadoras, investimentos e melhoramento da infra-estrutura do bairro.

Saliente-se que a edição da norma não é um salvo-conduto para a viabilização do empreendimento, na medida em que o clube de futebol não poderá descurar acerca de todas as licenças ambientais pertinentes.

Por fim, rebate-se a utilização do precedente da Primeira Câmara de Direito Público consubstanciado no Agravo de Instrumento n. 2003.009030-4, de Joinville, rel. Des. Volnei Carlin, j. em 4-3-2004.

A hipótese analisada no precedente trazido à baila pelo *Parquet* cuidava de alteração de índices urbanísticos de Plano Diretor questionada por meio de liminar em ação civil pública a fim de proporcionar a instalação de um posto de combustível e indicava, também, a matrícula do imóvel objeto da alteração.

Em tudo diferenciam-se os casos tratados. O fato ora retratado corresponde à atuação legislativa em prol de projeto que irá, de qualquer modo, ser revertido em lucro para todo o Estado de Santa Catarina, beneficiando todos os setores da economia, na medida em que proporcionará a promoção de futuros eventos esportivos de grande porte. Contudo, no precedente em que se busca a comparação, tido pelo Órgão Ministerial como paradigma, não foi o que ocorreu: o lucro e o benefício com a alteração do índice urbanístico seriam revertidos, somente, para um determinado particular, o proprietário daquela área, objeto da alteração, que desenvolveria atividade lucrativa com proveitos somente ao seu bolso.

Afastadas todas as premissas, no mais, atente-se que a Justiça e a própria razão recomendam que se adaptem literalmente os textos legais às realidades da vida contemporânea, externada esta às aspirações do meio que circunda a causa. Os princípios constitucionais são as máximas do direito natural e devem encontrar-se acima das características gerais da lei. Não se pode respirar, ao operacionalizar-se a concretude de princípios, como diria Jean Rivero, "o ar rarefeito das abstrações". O compromisso ético-jurídico deve ser com a realidade e com as transformações, imprimindo ao Judiciário a configuração de *opening doors* da sociedade.

*Ex positis*, em razão de tudo o que foi proposto e analisado, decide-se, por votação unânime, rejeitar a preliminar de ilegitimidade ativa *ad causam* e, por maioria de votos, julgar improcedente o pedido.

## DECISÃO

Nos termos do voto do Relator, decide o Tribunal Pleno, por unanimidade, rejeitar a preliminar de ilegitimidade ativa *ad causam* e, por maioria de votos, julgar improcedente a ação. Vencidos os Exmos. Des. Francisco Oliveira Filho, Carlos Prudêncio e Salim Schead dos Santos, que julgavam procedente o pedido, nos termos do parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça, reconhecendo a quebra do princípio da impessoalidade; e o eminente Des. Anselmo Cerello, que julgava extinta a ação.

Participaram do julgamento, realizado no dia 26 de novembro de 2007, os Exmos. Srs. Des. Irineu João da Silva, Luiz César Medeiros, Eládio Torret Rocha, Nelson Schaefer Martins, Sérgio Roberto Baasch Luz, Monteiro Rocha, Fernando Carioni, Torres Marques, Luiz Carlos Freyesleben, Marco Aurélio Gastaldi Buzzi, Marcus Tulio Sartorato, Cesar Abreu, Ricardo Fontes, Salim Schead dos Santos, Edson Ubaldo, Jaime Ramos, Alexandre d'Ivanenko, Newton Janke, Lédio Rosa de Andrade, Moacyr de Moraes Lima Filho, Marli Mosimann Vargas, Sérgio Izidoro Heil, José Carlos Carstens Köhler, Francisco Oliveira Filho, Alcides Aguiar, Amaral e Silva, Anselmo Cerello, Carlos Prudêncio, Gaspar Rubik, Pedro Manoel Abreu, Orli Rodrigues, Cláudio Barreto Dutra, Solon d'Eça Neves e Mazoni Ferreira.

Florianópolis, 1º de novembro de 2007.

Pedro Manoel Abreu,  
PRESIDENTE, COM VOTO

Volnei Carlin  
RELATOR

*Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Anselmo Cerello*

Ousei divergir da douta maioria por entender que é inadmissível o controle abstrato da Lei Complementar n. 247/07, já que possui efeitos concretos.

A propósito, sobre a matéria, Hely Lopes Meirelles assevera o seguinte:

A jurisprudência do STF tem considerado inadmissível a propositura de ação direta de inconstitucionalidade contra atos de efeitos concretos. Assim, tem-se afirmado que ação direta é o meio pelo qual se procede ao controle de constitucionalidade das normas jurídicas *in abstracto*, não se prestando ela “ao controle de atos administrativos que têm objeto determinado e destinatários certos, ainda que esses atos sejam editados sob a forma de lei — as leis meramente formais, porque têm forma de lei, mas seu conteúdo não encerra normas que disciplinam relações em abstrato”. Na mesma linha de orientação, afirma-se que “atos estatais de efeitos concretos, ainda que veiculados em texto de lei formal, não se expõem, em sede de ação direta, a jurisdição constitucional abstrata do Supremo Tribunal Federal”, porquanto “a ausência de densidade normativa no conteúdo do preceito normativo desqualifica-o — enquanto objeto juridicamente inidôneo — para o controle normativo abstrato”. Em outro julgado afirmou-se que a disposição constante da lei orçamentária que fixava determinada dotação configuraria ato de efeito concreto, insuscetível de controle jurisdicional de constitucionalidade por via de ação (“Os atos estatais de efeitos concretos — porque despojados de qualquer coeficiente de normatividade ou de generalidade abstrata — não são passíveis de fiscalização, em tese, quanto à sua legitimação constitucional”) (*Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, habeas data, ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 335-336).

Do mesmo modo, pertinente à lição doutrinária de Oswaldo Luiz Palu:

No modo abstrato de controle de constitucionalidade temos o processo objetivo, por oposição a processo subjetivo, a tutelar situação subjetiva, individual. O objeto do primeiro é a garantia da ordem jurídica, abstratamente considerada, e não a solução de controvérsias individuais. Quando se afirma tratar-se de processo objetivo se quer dizer aquele onde não há interesse jurídico-individual ou coletivo específico e, assim, não há preocupação com o interesse de agir nos moldes do Processo Civil clássico.

“Característica do processo objetivo é a não exigência de um interesse jurídico específico”. Simplesmente tutela-se a ordem jurídica [...] (*Controle de constitucionalidade*. Conceitos, sistemas e efeitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 169-170).

E, mais adiante, ao tratar da lei formal de conteúdo administrativo, acrescenta o autor:

A ação direta de inconstitucionalidade perderia sua função primordial, político-jurídica, se convertida em ação de tutela de interesses concretos. [...] A ação direta de inconstitucionalidade é o modo pelo qual se pede ao Poder Judiciário o controle das normas jurídicas em abstrato, não se prestando ao controle de atos administrativos, que têm objeto determinado e destinatários certos, ainda que sob a forma de lei — as leis meramente formais —, porque seu conteúdo não encerra norma que disciplina relação jurídica em abstrato [...] (op. cit., p. 181-182).

Nesse sentido, jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

Ação direta de inconstitucionalidade. Lei n. 2.006/90 do Estado do Amazonas. Ato administrativo concreto. Não-conhecimento da ação. Prejudicada a medida cautelar. Ação direta de inconstitucionalidade. Lei n. 2.006, de 14 de dezembro de 1990, do Estado do Amazonas, que dispõe sobre a revisão de proventos de servidores da Secretaria de Estado da Fazenda. Texto inabilitado ao controle de constitucionalidade. Ato administrativo concreto sob a forma de lei: inexistência de aspectos de abstração e generalidade que caracterizam o objeto idôneo da ação direta. Ação não conhecida,

restando prejudicada a medida cautelar (ADIn n. 767/AM, rel. Min. Carlos Velloso).

#### Ainda:

Não se conhece de ação direta de inconstitucionalidade contra atos normativos de efeitos concretos, ainda que estes sejam editados com força legislativa formal (ADIn n. 1.716, Min. Maurício Corrêa).

A ação direta de inconstitucionalidade é o meio pelo qual se procede, por intermédio do Poder Judiciário, ao controle da constitucionalidade das normas jurídicas *in abstracto*. Não se presta ela, portanto, ao controle da constitucionalidade de atos administrativos que têm objeto determinado e destinatários certos, ainda que esses atos sejam editados sob a forma de lei — as leis meramente formais, porque têm forma de lei, mas seu conteúdo não encerra normas que disciplinem relações jurídicas em abstrato (ADIn n. 647, Min. Moreira Alves).

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem ressaltado que atos estatais de efeitos concretos não se expõem, em sede de ação direta, à jurisdição constitucional abstrata da Corte. A ausência de densidade normativa no conteúdo do preceito estatal impugnado desqualifica-o — enquanto objeto juridicamente inidôneo — para o controle normativo abstrato (RTJ 154/432).

#### No mesmo sentido, também já decidiu este Sodalício:

Ação direta de inconstitucionalidade — Lei municipal — Ato administrativo de natureza e efeito concreto — Ausência de quaisquer atributos de abstração, generalidade ou normatividade — Inviabilidade de questionar sua legitimidade constitucional — Processo extinto (ADIn n. 2002.003886-5, Des. Souza Varella).

CONSTITUCIONAL — AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE — LEI FORMAL — DESCABIMENTO — EXTINÇÃO DO PROCESSO.

“A ação direta de inconstitucionalidade é o modo pelo qual se pede ao Poder Judiciário o controle das normas jurídicas em abstrato, não se prestando ao controle de atos administrativos, que têm objeto determinado e destinatários certos, ainda que



sob a forma de lei — as leis meramente formais —, porque seu conteúdo não encerra norma que disciplina relação jurídica em abstrato” (Oswaldo Luiz Palu; Sidney Guerra e Gustavo Merçon; ADIn n. 2.347, Min. Ilmar Galvão; ADIn n. 2.100, Min. Néri da Silveira; ADIn n. 647, Min. Moreira Alves) (ADIn n. 2003.006293-9, Des. Newton Trisotto).

Assim, a presente ação direta de inconstitucionalidade deveria ter sido, *data venia*, julgada extinta, porquanto impugna lei formal — de efeito concreto —, o que é inadmissível neste tipo de demanda.

Anselmo Cerello

## CÂMARA CIVIL ESPECIAL

### AGRAVO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO

**Agravo (artigo 557, § 1º, do Código de Processo Civil) em Agravo de Instrumento n. 2007.040100-7/0001.00, de Joinville**

Relator: Des. Subst. Jaime Luiz Vicari

AGRAVO SEQUENCIAL — ARTIGO 557, § 1º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL — DECISÃO MONOCRÁTICA — PROVIMENTO DE PLANO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO — DECISÃO DE PRIMEIRO GRAU CARENTE DE FUNDAMENTAÇÃO — ARTIGO 93, INCISO IX, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA — NULIDADE ABSOLUTA — RECURSO IMPROVIDO.

A sanção cominada à não-observância da garantia constitucional da fundamentação das decisões judiciais é a nulidade absoluta, reconhecível de ofício, sem necessidade de nenhuma provocação, por constituir afronta a princípio basilar de toda a atividade jurisdicional, obstáculo contra eventuais excessos por parte do juiz e limitação ao arbítrio.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo (artigo 557, § 1º, do Código de Processo Civil) em Agravo de Instrumento n. 2007.040100-7/0001.00, da comarca de Joinville (2ª Vara Cível), em que são agravantes Marcos Stolf e Zulma Fernandes Stolf e agravados Helmuth Ponick e Melita Beck Ponick:

ACORDAM, em Câmara Civil Especial, por votação unânime, negar provimento ao recurso. Custas legais.

## RELATÓRIO

Marcos Stolf e Zulma Fernandes Stolf interpuseram agravo seqüencial com fundamento no artigo 557, § 1º, do Código de Processo Civil, contra decisão do relator que deu provimento ao recurso de agravo de instrumento para decretar a nulidade da decisão concessiva da liminar em primeiro grau.

Sustentaram, em linhas gerais, estar devidamente fundamentada a decisão agravada, porque teriam os recorrentes demonstrado o reconhecimento, pelo Tribunal, do direito à servidão de passagem pela área em litígio.

Citaram precedentes aplicáveis e disseram ter delimitado a área em litígio, demonstrando os requisitos do artigo 1.285 do Código Civil.

## VOTO

Cuidam os autos de agravo seqüencial do artigo 557, § 1º, do Código de Processo Civil, interposto por Marcos Stolf e Zulma Fernandes Stolf, contra decisão monocrática que deu provimento ao agravo de instrumento para decretar a nulidade da decisão de primeiro grau por absoluta carência de fundamentação.

O recurso não merece provimento.

Na linha do já afirmado na decisão monocrática de fls. 39-41, a Constituição da República, em seu artigo 93, inciso IX, determina que "todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade".

Essa garantia constitucional é decorrência própria do princípio do contraditório, pois se não for dado às partes conhecimento das razões que

levaram o juiz a decidir de determinada maneira, não se assegurará uma *adequada e efetiva* participação no processo (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento*. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 443).

No dizer do eminente Desembargador Amaral e Silva, "Fundamentar é justificar, dizer dos motivos que formaram o convencimento. A motivação, ou seja, a explicitação das razões de decidir constitui garantia das partes, sendo indispensável ao controle dos órgãos recursais" (AI n. 7.049, da Capital, rel. Des. Amaral e Silva).

De interesse, ainda, a ensinança de Nelson Nery Junior (*Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 183):

Fundamentar significa o magistrado dar as razões, de fato e de direito, que o convenceram a decidir a questão daquela maneira. A fundamentação tem implicação substancial e não meramente formal, donde é lícito concluir que *o juiz deve analisar as questões postas a seu julgamento, exteriorizando a base fundamental de sua decisão* (sem grifos no original).

Colhe-se, a respeito, do acervo jurisprudencial do colendo Superior Tribunal de Justiça:

A motivação das decisões judiciais reclama do órgão julgador, pena de nulidade, *explicitação fundamentada quanto aos temas suscitados*. Elevada a cãnone constitucional, apresenta-se como uma das características incisivas do processo contemporâneo, calcado no *due process of law*, representando uma "garantia inerente ao estado de direito" (REsp. n. 177.992/CE, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira) (sem grifos no original).

Ainda sobre o tema:

É garantia constitucional a fundamentação das decisões judiciais, cuja violação importa em decretação de nulidade, nos termos do art.

93, IX, da Constituição Federal (AI n. 1998.014723-9, de Palhoça, rel. Des. Eder Graf).

A sanção cominada à não-observância da garantia constitucional da fundamentação das decisões judiciais é a *nulidade absoluta*, reconhecível de ofício, sem necessidade de nenhuma provocação, por constituir afronta a princípio basilar de toda a atividade jurisdicional, obstáculo contra eventuais excessos por parte do juiz e limitação ao arbítrio.

No entanto, vale ressaltar: o que leva à anulação de uma decisão judicial é a absoluta falta de fundamentação e não sua exposição sucinta — consoante autoriza o artigo 165 do Código de Processo Civil —, que adequadamente analise os argumentos apresentados pelas partes. Nesse sentido: "Não é nula a sentença fundamentada sucintamente, desde que contenha o essencial para a solução do litígio" (Ap. Cív. n. 1999.001980-2, de Itajaí, rel. Des. Eder Graf).

Firmam-se essas premissas para concluir-se que, na hipótese dos autos, absoluta é a carência de fundamentação do interlocutório recorrido.

Dessome-se não terem sido declinados os fundamentos que levaram a Magistrada de primeiro grau ao deferimento do pedido do ora recorrido, de modo que está a decisão firmada, no que aqui interessa, nos seguintes termos:

*In casu*, o demandante juntou como prova de suas alegações documentos capazes de agasalhar seu pedido liminar, sejam eles: levantamento topográfico (fls. 23-24), acórdão referente à passagem forçada da área em litígio (fls. 29-34) e documentos de fls. 25-28. Assim sendo, demonstrada, em juízo de cognição sumária típico do momento processual presente, presentes os pressupostos do art. 273, do CPC, a fumaça do bom direito e o perigo de demora, há de se conceder a tutela interdital antecipatória liminarmente.

Ora, *concessa venia*, se a lei estabelece pressupostos para o deferimento de liminares, é inevitável que a presença de cada um deles diante do caso

concreto seja evidenciada na decisão judicial, e não basta, como no caso, mera referência a documentos existentes nos autos.

Nessa senda, seria necessário que tivesse a Juíza apontado as razões pelas quais entendeu haver *nexo* entre os documentos referidos e o direito reclamado pelos autores, ora agravados. Deveria a Togada dizer porque, diante daqueles documentos, entendeu configurada, em desfavor dos réus/agravantes, a hipótese do artigo 1.285 do Código Civil, bem como os pressupostos do artigo 273 do diploma processual. Sem isso, a interlocutória carece de fundamentação, e a simples referência aos documentos, além de obstaculizar a ampla defesa, impede que se verifique, em juízo recursal, o acerto ou desacerto do *decisum* em cotejo com as alegações firmadas no agravo.

Desses fatores decorre, pois, a inafastável nulidade do interlocutório por contrariar frontalmente o disposto no artigo 93, IX, da Constituição Federal, e, bem assim, o artigo 165 do Código de Processo Civil, os quais dispõem, enfaticamente, a respeito da necessidade de fundamentação de todas as decisões judiciais.

## DECISÃO

Nos termos do voto do Relator, decide esta Câmara Civil Especial, por unanimidade de votos, negar provimento ao agravo seqüencial do artigo 557, § 1º, do Código de Processo Civil.

O julgamento, realizado no dia 6 de dezembro de 2007, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Cláudio Barreto Dutra, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Subst. Victor Sebem Ferreira.

Florianópolis, 19 de dezembro de 2007.

Jaime Luiz Vicari  
RELATOR

## AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO

### **Agravo Regimental em Agravo de Instrumento n. 2007.044811-5/0001.00, de Jaraguá do Sul**

Relator: Des. Subst. Jaime Luiz Vicari

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO – DECISÃO QUE SUSPENDEU OS EFEITOS DA DECISÃO DE PRIMEIRO GRAU – IRRECORRIBILIDADE – LEI N. 11.187/05 – ALTERAÇÃO DO ARTIGO 527, PARÁGRAFO ÚNICO, DO *CODEX INSTRUMENTAL* – RECURSO NÃO CONHECIDO.

Com a redação conferida ao parágrafo único do artigo 527 do Código de Processo Civil pela Lei n. 11.187/05, a decisão que conceder ou negar efeito suspensivo ao agravo de instrumento somente poderá ser objeto de *reconsideração* pelo próprio relator, e é incabível sua impugnação por qualquer modalidade recursal, até mesmo por intermédio do agravo previsto no artigo 195 do Regimento Interno desta Corte.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental em Agravo de Instrumento n. 2007.044811-5/0001.00, da comarca de Jaraguá do Sul (3ª Vara Cível), em que é agravante V. H. dos S., representado por A. P. dos S., e agravado o Estado de Santa Catarina:

ACORDAM, em Câmara Civil Especial, por votação unânime, não conhecer do agravo regimental. Custas legais.

### RELATÓRIO

V. H. dos S., irredigido com a decisão que deferiu efeito suspensivo ao recurso de agravo de instrumento interposto pelo Estado de Santa Catarina, interpôs o presente agravo regimental, pugnando a reforma dessa pelo Colegiado.

Sustentou, em linhas gerais, que a documentação acostada aos autos comprovaria ser o agravante portador de doença crônica, de sorte que necessita de medicamentos de uso contínuo.

Invocou o teor da decisão antecipatória da tutela proferida pelo Magistrado de primeiro grau e, após outras considerações, pugnou pelo provimento do recurso.

### VOTO

Cuidam os autos de agravo regimental, interposto por V. H. dos S. contra a decisão do relator que deferiu efeito suspensivo ao agravo de instrumento interposto pelo Estado de Santa Catarina.

*Ab initio*, convém gizar que este relator, antes mesmo da entrada em vigor da Lei n. 11.187/05 (que conferiu nova disciplina aos agravos retido e de instrumento), já expunha ressalva quanto ao cabimento do agravo regimental.

Ora, o legislador não previu a admissibilidade de nenhuma espécie de recurso contra a decisão que nega ou concede o efeito suspensivo ao agravo de instrumento.

Nelson Nery Junior escreveu acerca da taxatividade dos recursos, e é oportuno trazer à colação o seguinte excerto:

O art. 496 do CPC faz uso exatamente do vocábulo seguinte, dando ao intérprete a indubitosa opção pelo princípio da taxatividade dos recursos: somente aqueles meios de impugnação ali descritos é que são considerados pela lei como recursos. [...] É importante a análise do texto do art. 496, das expressões lá empregadas, apenas para extrair-se do sistema adotado o princípio da taxatividade. Isto não quer dizer, contudo, que não haja outros recursos no direito processual civil brasileiro, além dos enumerados no referido art. 496. Conforme já dissemos, taxatividade dos recursos significa a designação, criando ou regulamentando recursos, pela lei federal



(*Princípios fundamentais* – Teoria geral dos recursos. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 49-51).

Vale lembrar que esse raciocínio era, e penso que ainda seja, endossado pelos demais membros desta egrégia Câmara Civil Especial, quando decidimos que os recursos criados pelos regimentos internos dos tribunais não se conformam com o artigo 22, inciso I, da Constituição da República Federativa do Brasil, dada a competência privativa da União em legislar sobre Direito Processual Civil.

Ressalte-se que não se está negando vigência ao artigo 24, inciso XI, da Carta Magna, o qual permite que a União, os Estados e o Distrito Federal legislem acerca de procedimentos em matéria processual. Ora, esses Entes da Federação somente poderão dispor sobre tal assunto se houver lei federal que institua a modalidade do recurso.

Sobre o tema, é oportuna a lição de Araken de Assis:

Por outro lado, não cabe aos Tribunais legislar sobre o procedimento. Isto é concedido, em caráter supletivo, aos Estados (art. 24, XI, da CF/88). O dispositivo do Regimento Interno dos Tribunais, prevendo agravo contra atos do relator, não é lei, formal ou material. Além disto, é duvidoso que a criação de recurso integre a área do "procedimento" e, de qualquer sorte, que o Estado pudesse criar recurso onde a lei federal não o preveja (*Doutrina e prática do processo civil contemporâneo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 274-275).

Mais adiante, assevera o ilustre doutrinador e desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

Na realidade, o rito célere, agora imprimido ao agravo de instrumento, repele a possibilidade de outro agravo, agora regimental, contra o ato do relator (art. 527, II). O recurso será julgado em trinta dias (art. 528), após a manifestação do agravado e, neste interregno, subsistirá o eventual efeito suspensivo. [...] Tem o agravo regimental, portanto, campo de atuação restrito e bem definido (op. cit., p. 275).

Contudo, o Tribunal Pleno deste egrégio Tribunal de Justiça, em deliberação unânime, adotada em 1º de junho de 2005, alterou a redação do artigo 195 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, e dispôs ser admissível a interposição de agravo regimental contra a decisão do relator que causar gravame à parte, assim como em desfavor da que conceder efeito suspensivo ou deferir a antecipação da tutela recursal.

Eis a redação do artigo 195, *caput* e §1º, do RITJSC:

Art. 195. Da decisão do Presidente do Tribunal, Vice-Presidentes, Corregedor-Geral da Justiça, Presidentes de Grupos de Câmaras, Presidentes de Câmaras ou de Relator que causar gravame à parte, caberá agravo no prazo de 5 (cinco) dias.

§ 1º Não será admitido agravo da decisão que negar efeito suspensivo a agravo de instrumento ou que indeferir a antecipação da tutela recursal (CPC, art. 527, III).

Diante de tal deliberação, este Relator, assim como os demais membros desta egrégia Câmara Civil Especial adequaram-se à orientação do Tribunal Pleno, e passaram a admitir a interposição do agravo regimental contra decisão que concedesse efeito suspensivo a agravo de instrumento ou antecipasse os efeitos da providência recursal almejada.

Pois bem, após firmado esse quadro, veio a lume a Lei n. 11.187/05 que, dentre outras mudanças, impôs nova redação aos incisos II, V, VI, e parágrafo único, do artigo 527 do Código de Processo Civil.

No que interessa, tal artigo, em seu inciso III, não alterado pela reforma, dispõe que, recebido o agravo de instrumento no Tribunal, e distribuído incontinenti o relator "poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso (art. 558), ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão". Essa decisão, segundo o novo regime, "somente é passível de reforma no momento do julgamento do agravo, salvo se o próprio relator a reconsiderar" (parágrafo único).

Soa, portanto, estreme de dúvidas, que, no atual regime do agravo, é irrecurável a decisão do relator que atribuir efeito suspensivo ao agravo de instrumento ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal (artigo 527, inciso III, do Código de Processo Civil).

Essa irrecorribilidade, expressamente declarada em lei federal, não pode ser contestada e, penso, contrariada por atos normativos de hierarquia reduzida, como o são os regimentos internos dos tribunais.

Para corroborar o raciocínio lógico-jurídico aqui adotado, traz-se à colação precedente do Supremo Tribunal Federal:

No exercício gratificante da arte de interpretar, descabe “inserir na norma de direito o próprio juízo – por mais sensato que seja – sobre a finalidade que 'conviria' fosse por ela perseguida (Celso Antônio Bandeira de Mello – em parecer inédito). Sendo o Direito uma ciência, o meio justifica o fim, mas não este aquele [...]. O conteúdo político de uma Constituição não é conducente ao desprezo do sentido vernacular das palavras, muito menos do técnico, considerados institutos consagrados pelo Direito. Toda ciência pressupõe a adoção de escorreita linguagem, possuindo os institutos, as expressões e os vocábulos que a revelam, conceito estabelecido com a passagem do tempo, quer por força de estudos acadêmicos quer, no caso do Direito, pela atuação dos Pretórios (RE n. 166.772, Min. Marco Aurélio, referido pelo Des. Newton Trisotto nos Embargos Infringentes n. 2005.005841-0, de Itajaí, DJ 25-1-2006. p. 4).

Logo, tendo em vista o princípio da taxatividade recursal e a previsão expressa contida no art. 527, parágrafo único, do Código de Processo Civil, não se conhece do agravo regimental, pois o despacho que suspende os efeitos da decisão vergastada somente é passível de reforma no momento do julgamento do agravo, salvo se o próprio relator a reconsiderar.

## DECISÃO

Nos termos do voto do Relator, esta Câmara Civil Especial decide, por unanimidade, não conhecer do presente agravo regimental.

O julgamento, realizado no dia 6 de dezembro de 2007, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Cláudio Barreto Dutra, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Subst. Victor Sebem Ferreira.

Florianópolis, 19 de dezembro de 2007.

Jaime Luiz Vicari  
RELATOR

## GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO CIVIL

### EMBARGOS INFRINGENTES

#### **Embargos Infringentes n. 2006.036786-7, de Ponte Serrada**

Relator: Des. Moacyr de Moraes Lima Filho

EMBARGOS INFRINGENTES – RESPONSABILIDADE CIVIL – ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO – MOTORISTA DE CAMINHÃO QUE, AO IMPRIMIR MARCHA À RÉ, NÃO ESGOTA AS CAUTELAS NECESSÁRIAS – MANOBRA QUE DEVE SER REALIZADA COM AUXÍLIO DE TERCEIRO – MORTE DA VÍTIMA QUE ESTAVA ATRÁS DO VEÍCULO – DEVER DE INDENIZAR – RECURSO NÃO ACOLHIDO.

1 É notório que a movimentação de veículo em marcha à ré constitui, de per si, manobra perigosa e exige cautelas excepcionais.

2 "Já está assente na jurisprudência o entendimento de que a manobra de marcha à ré em veículos pesados deve ser executada sempre com o auxílio de ajudante, porque o motorista não tem plena visão do caminho a seguir". Assim, "realizar tal manobra sem a cautela indicada constitui grave imprudência, porque o motorista, sem ajuda, não tem condições de prevenir acidente semelhante" (Carlos Roberto Gonçalves).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos Infringentes n. 2006.036786-7, da comarca de Ponte Serrada (Vara Única), em que

são embargantes Indústria de Madeiras Tozzo Ltda. e outro, e embargada Janete dos Santos Menegol:

ACORDAM, em Grupo de Câmaras de Direito Civil, por unanimidade, desprover o recurso. Custas legais.

### RELATÓRIO

Na comarca de Ponte Serrada, Janete dos Santos Menegol aforou ação de indenização por danos morais contra Indústria de Madeiras Tozzo Ltda. e Leonildes Antunes, objetivando, em suma, indenização em razão do falecimento de sua filha, decorrente de atropelamento.

Informou que, em 14 de outubro de 1990, por volta das 19h, Susi Filipini, de seis anos de idade, enquanto andava de bicicleta, foi atingida pelo caminhão da empresa Tozzo, que era conduzido pelo segundo réu e que lhe ocasionou lesões corporais de natureza grave que foram a causa eficiente de sua morte.

Diante disso, postulou a condenação dos demandados ao pagamento de indenização por danos morais, ao arbítrio do Magistrado.

Citados, os réus apresentaram resposta na forma de contestação, na qual sustentaram a inexistência de culpa do motorista pela morte da menor e atribuíram a culpa à autora, pela falta de vigilância em relação à sua filha.

Devidamente instruídos, os autos foram entregues à prestação jurisdicional, e sobreveio sentença de improcedência do pedido, ao fundamento de que: a) em razão das circunstâncias que rondavam o caso – idade da vítima e início da noite –, cabia à mãe o dever de vigilância em relação à criança; b) nenhuma das provas produzidas permite impor ao réu o reconhecimento de conduta culposa de qualquer modalidade.

Irresignada, Janete interpôs recurso de apelação, o qual, por maioria de votos, foi provido pela Primeira Câmara de Direito Civil, pelo que se reformou a sentença de primeiro grau, a fim de reconhecer a ocorrência da responsabilidade civil geradora de indenização a título de dano moral, no valor de 300 salários mínimos.

Da decisão, Indústria de Madeiras Tozzo Ltda. e Leonildes Antunes opõem os presentes embargos infringentes, com o intento de ver prevalecer o voto minoritário proferido pela Exma. Des. Maria do Rocio Luz Santa Ritta, que entendeu não ter havido culpa na conduta de Leonildes, e negou provimento ao apelo.

Nessa esteira, defendem os embargantes que o acontecimento fatídico deu-se por contribuição da vítima e por culpa de sua mãe, pois aquela estava andando de bicicleta à noite e em plena via de rolamento.

Pontuam, ainda, que, pelo fato de ter anoitecido, o motorista não podia prever que, ao imprimir marcha à ré no caminhão, fosse surgir inopinadamente a vítima infante, que o seguia em uma bicicleta.

Nesses termos, por entenderem ser a culpa elemento indissociável da responsabilidade civil subjetiva, requerem o provimento dos embargos infringentes para que seja reformado o acórdão vergastado, mantendo-se a sentença de primeiro grau.

O prazo para contra-razões fluiu *in albis* (fl. 176).

## VOTO

Cuida-se de embargos infringentes interpostos por Indústria de Madeiras Tozzo Ltda. e Leonildes Antunes do acórdão proferido pela Primeira Câmara de Direito Civil, a qual, por maioria de votos, concedeu provimento à apelação cível interposta por Janete dos Santos Menegol para reformar a sentença de primeiro grau, a fim de reconhecer a ocorrência

da responsabilidade civil geradora de indenização a título de dano moral, condenando-os ao pagamento de 300 salários mínimos à demandante.

O presente recurso tem como supedâneo o voto da eminente Des. Maria do Rocio Luz Santa Ritta, que defendeu a tese contrária, ou seja, de que seria indevida a referida indenização, haja vista o acidente ter ocorrido por imprudência da vítima – ignorante, pela tenra idade, dos perigos que o cotidiano reserva – ou por mera fatalidade, pelo que fica afastada a culpa de Leonildes (fls. 158-159).

*Ab initio*, a título de argumentação, acerca da independência entre as responsabilidades civil e criminal, o mestre Washington de Barros Monteiro leciona que:

[...] cumpre não perder de vista, entretanto, que diversificam sensivelmente a culpa penal e a culpa civil; é possível assim que o réu seja absolvido no crime, porque não se reconhece sua culpa, e, no entanto, ser condenado à reparação do dano, porque no cível a culpa, embora levíssima, induz responsabilidade civil; a configuração do ilícito civil é muito menos exigente do que a do ilícito penal, o juízo civil é menos rigoroso do que o criminal na exigência dos requisitos da condenação (*Curso de direito civil: direito das obrigações*. 2ª parte. 28. ed. 1995. p. 405).

Partindo dessa premissa, passa-se à análise do objeto dos presentes embargos infringentes – a responsabilização/culpa pelo incidente.

É incontroverso o fato de que o condutor do caminhão, que trafegava na Rua José Bortolazzi em direção à BR-282, ao deparar-se com a estrada obstruída, imprimiu marcha à ré no veículo com o intuito de retornar.

Leonildes, em seu interrogatório, declara que antes de efetuar a manobra no veículo para fazer o retorno olhou para trás, e que o acompanhante, por sua vez, colocou a cabeça para fora da cabine para também verificar o lado oposto. Certificando-se de que, supostamente, o caminho estava livre, iniciou a marcha à ré (cf. fl. 27).



Todavia, muito embora pensasse estar agindo com cautela, não é o que ficou evidenciado da leitura dos autos. Ao contrário, deveria ter esgotado as medidas necessárias para efetuar a manobra. É notório que a movimentação de veículo em marcha à ré constitui, de per si, manobra perigosa e exige cautelas excepcionais.

Sabe-se que "já está assente na jurisprudência o entendimento de que a manobra de *marcha à ré em veículos pesados deve ser executada sempre com o auxílio de ajudante*, porque o motorista não tem plena visão do caminho a seguir (JTACSP, Revista dos Tribunais, 118:133)" (GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 878).

Isso significa que o motorista, estando na direção de um caminhão e acompanhado por um caroneiro, deveria, ao menos, ter-lhe solicitado que descesse, averiguasse os arredores e o orientasse acerca do deslocamento do veículo, precavendo-se, dessa forma, do evento danoso.

Assim, "realizar tal manobra sem a cautela indicada constitui grave imprudência, porque o motorista, sem ajuda, não tem condições de prevenir acidente semelhante (JTACSP, Revista dos Tribunais, 118:133)" (GONÇALVES, op. cit. p. 878).

Em caso símile ao da espécie dos autos, esta egrégia Corte de Justiça, no julgamento da Apelação Cível n. 1997.008260-6, assim se posicionou:

RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO. PREPOSTO. ABSOLVIÇÃO DA INSTÂNCIA CRIMINAL. IRRELEVÂNCIA. MANOBRA DE MARCHA À RÉ. NÃO ESGOTAMENTO DAS CAUTELAS NECESSÁRIAS. CULPA CÍVEL DEMONSTRADA. SEQÜELAS COMPROVADAMENTE VINCULADAS AO EVENTO. DEVER DE INDENIZAR. SENTENÇA CONFIRMADA. APELO DESPROVIDO.

[...]

A marcha à ré, como manobra anômala que é, deve ser cercada de redobrados cuidados, já que efetuada por conta e risco exclusivos daquele que a empreende. Assim, o condutor de veículo pesado que o manobrando no pátio de sua empregadora, pátio esse não isolado da via pública por cercas ou muros, vem a colher menor que pelo acostamento transitava, atua com indisfarçável culpa. Não pode ele isentar-se de responsabilidade, ao argumento de que a menor colocava-se à traseira do caminhão, sem propiciar-lhe condições de percebê-la. Nessa hipótese, *não tendo ele plena visibilidade do que ocorria da traseira do veículo por si guiado, deveria ele valer-se do auxílio de alguém que fiscalizasse o sucesso da manobra. Se assim não agiu, insito é o dever de indenizar* (rel. Des. Trindade dos Santos, j. em 4-11-97) (grifo nosso).

#### Outro precedente:

Age com imprudência o motorista de caminhão que dá marcha à ré e atropela menor. Quem manobra, nessa circunstância, tem de agir com redobrada cautela e atenção, procurando certificar-se de tudo aquilo que esteja ao seu redor, principalmente em local onde possam estar crianças (Ap. Cív. n. 35.941, rel. Des. Amaral e Silva).

#### Para arrematar:

Pouco importa se em via pública ou terreno particular, em qualquer local, a manobra de marcha à ré deve ser precedida de redobrada cautela. Se o motorista, ao sair de rampa de lavação fica *sem ver o que está atrás de si, não pode iniciar a descida sem o auxílio de ajudante, pois a eventual presença de terceiros que possam surgir à sua traseira não é imprevisível. Quem, nessas circunstâncias, manobra, age de forma irrefletida, imprudente e se sujeita a responder pelos danos que causar* (Ap. Cív. n. 37.083, rel. Des. Amaral e Silva) (grifo nosso).

Por essas razões, deve ser mantida a decisão hostilizada, da lavra do eminente Des. Carlos Prudêncio.

Por derradeiro, considerando que não houve, pelos recorrentes, nenhuma manifestação acerca do montante fixado a título de verba indenizatória, mantém-se o valor estabelecido no acórdão objurgado,

convertendo-se a condenação para o montante de R\$ 114.000,00 (cento e quatorze mil reais), a ser corrigido a partir da publicação do presente acórdão, com juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, a serem contados da data do evento danoso, de acordo com a Súmula 54 do Superior Tribunal de Justiça.

### DECISÃO

Ante o exposto, o Grupo de Câmaras de Direito Civil decidiu, por unanimidade, desprover o recurso. Vencidos parcialmente os Desembargadores Maria do Rocio Luz Santa Ritta e Henry Petry Junior, que votaram no sentido de reduzir a condenação para o montante de 200 (duzentos) salários mínimos e manifestaram o desejo de não declarar voto vencido.

O julgamento, realizado no dia 12 de dezembro de 2007, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Carlos Prudêncio, e dele participaram os Exmos. Srs. Des. Henry Petry Junior, Trindade dos Santos, Nelson Schaefer Martins, Monteiro Rocha, Fernando Carioni, Luiz Carlos Freyesleben, Salete Silva Sommariva e Maria do Rocio Luz Santa Ritta.

Florianópolis, 14 de dezembro de 2007.

Moacyr de Moraes Lima Filho  
RELATOR

## PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

### APELAÇÃO CÍVEL

#### **Apelação Cível n. 2000.009144-8, de Concórdia**

Relator: Des. Moacyr de Moraes Lima Filho

APELAÇÃO CÍVEL – RESPONSABILIDADE CIVIL – DOENÇA OCUPACIONAL – OMISSÃO DO EMPREGADOR EM FISCALIZAR O USO DE EPI – DANOS MATERIAIS E MORAIS – RESSARCIMENTO DEVIDO – INCAPACIDADE PARCIAL – ADEQUAÇÃO DOS VALORES ARBITRADOS – HONORÁRIOS DEVIDOS SOBRE AS PARCELAS VENCIDAS E DOZE VINCENDAS.

Quando o empregador deixa de fornecer os equipamentos necessários à atividade laboral empreendida pelo empregado, contribuindo para o desenvolvimento de doença ocupacional, é incontestado o seu dever ressarcitório.

Deve ser adequada a condenação por danos materiais oriunda da redução da capacidade laborativa – complemento previdenciário e pensionamento vitalício –, uma vez que se trata de indenizações da mesma espécie.

O arbitramento dos honorários advocatícios deve incidir sobre as parcelas vencidas dos danos materiais, mais 12 das vincendas, e também sobre os valores a título de indenização por danos morais

(CPC, art. 20, § 5º; RSTJ 93/254, 51/222), e não sobre o valor total da condenação.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2000.009144-8, da comarca de Concórdia (2ª Vara Cível), em que são apelantes e apeladas Catarina de Freitas Malakowski e Sadia S.A.:

ACORDAM, em Primeira Câmara de Direito Civil, por unanimidade, desprover o recurso da autora e prover, em parte, o da empresa ré. Custas legais.

## RELATÓRIO

Catarina de Freitas Malakowski ajuizou ação indenizatória decorrente de ato ilícito contra Sadia Concórdia S.A. Indústria e Comércio, alegando que manteve contrato de trabalho com a ré de 16-9-1980 a 1º-9-1997, e foi dispensada sem justa causa.

Aduziu que, em decorrência das atribuições exercidas, foi acometida de doença laboral, diagnosticada como "dermatite de contato das mãos", razão pela qual postulou: a) o pagamento de verba indenizatória referente ao somatório de todos os seus salários desde a demissão até a idade de 69 anos, com seus reflexos; b) pensão mensal vitalícia, correspondente ao maior valor da remuneração percebida, desde a dispensa, e demais reflexos; c) em caso de extinção, suspensão ou interrupção do benefício previdenciário, indenização das diferenças correspondentes a todas as parcelas do auxílio-acidente; e d) indenização por danos morais.

Regularmente citada (fl. 34 e verso), a ré apresentou defesa, na forma de contestação, e argüiu, preliminarmente, inépcia da petição inicial por falta de causa de pedir e impossibilidade jurídica do pedido; no mérito, postulou a improcedência dos pedidos, ao argumento de que não foi detectado nenhum problema de saúde na autora (fls. 48-67).

Impugnação à contestação às fls. 70-80.

Em decisão saneadora, o Magistrado *a quo* afastou as preliminares e determinou a realização da prova pericial (fls. 84-85), cujo laudo foi anexado às fls. 106-109.

Realizada audiência de conciliação, instrução e julgamento (fls. 120-123), a proposta de acordo foi inexitosa e foram tomados os depoimentos de três testemunhas.

Após o processamento do feito, sobreveio a sentença de procedência parcial (fls. 140-155).

Houve interposição de embargos declaratórios à sentença prolatada (fls. 157-159), acolhidos pelo Juiz sentenciante, e o dispositivo da sentença foi alterado, nos termos abaixo:

Diante do exposto, julgo procedentes, em parte, os pedidos formulados na inicial, para condenar a ré a pagar à autora a importância equivalente a 100 (cem) salários mínimos da data do efetivo pagamento, a título de indenização por dano moral que causou, importância que deverá ser acrescida de juros legais a contar da data do evento danoso (Súmula 54 do STJ), que no caso é a constatação da doença pelo INSS; condeno ainda a ré a pagar à autora uma pensão mensal e vitalícia em valor equivalente a 1/3 (uma terça parte) do último salário que pagou à autora, a partir da demissão e vitaliciamente, havendo de honrar as parcelas vencidas monetariamente corrigidas a partir da data de cada vencimento e acrescidas de juros da citação; e, por fim, condeno-a a pagar à autora, vitaliciamente e a partir da concessão do benefício previdenciário, o valor da eventual diferença apurada inicialmente entre o benefício previdenciário pago à mesma e a última remuneração que a ré lhe pagou, valor que terá correção pelo salário mínimo, a contar de cada vencimento.

Por fim, condeno a ré a constituir capital suficiente à garantia da presente condenação, no valor a ser apurado em liquidação de sentença, como a satisfazer as despesas processuais, bem como a verba honorária que fixo em 15% do valor da condenação devidamente

corrigido, acrescido de juros e do capital necessário para a garantia da obrigação (fls. 161-164).

A autora apelou pretendendo a reforma da decisão para: a) ser utilizado como base de cálculo o valor de sua última remuneração; b) haver a indenização do art. 1.538, § 1º, do Código Civil duplicada; c) majorar a indenização referente ao dano moral; d) incluir a gratificação natalina e férias incidentes sobre a pensão vitalícia (fls. 167-175).

Por sua vez, a ré também apelou para ver reformada a sentença, que fosse julgada improcedente a pretensão, com inversão dos ônus sucumbenciais (fls. 178-200).

Após a apresentação das contra-razões (fls. 204-216 e 219-231), os autos ascenderam a este e g. Tribunal, que não conheceu do recurso e encaminhou os autos para o Tribunal Regional do Trabalho (fls. 239-245).

Naquela Corte, foi negado provimento ao recurso da autora e provido, em parte, o da ré (fls. 265-286), entretanto tal julgamento foi anulado pelo Tribunal Superior do Trabalho (fls. 289-295), que determinou fossem eles apreciados nesta Corte.

## VOTO

Cuida-se de apelações cíveis da sentença que condenou a Sadia S.A. a pagar indenização por danos materiais e morais a Catarina de Freitas Malakowski, que foi acometida por doença laboral.

Busca a demandante: a) o reconhecimento da incapacidade laborativa total, e o conseqüente aumento na base de cálculo da indenização; b) a condenação na indenização prevista no art. 1.538, *caput* e § 1º; c) a majoração do valor arbitrado pelos danos morais; e d) a inclusão da gratificação natalina e das férias na pensão vitalícia.

Por sua vez, pretende a empresa ré que seja reformada a sentença, ante a inexistência do dano e a perfeita capacidade laboral da autora, e, ainda, diante da não-comprovação da origem da doença laboral; aduz que foi condenada duplamente pelo mesmo fato, ou seja, a complementar o benefício previdenciário e a pagar pensão mensal vitalícia pelo dano a ela imputado. Ao final, postula a reforma do *decisum* no que tange à condenação em honorários.

1. Colhe-se dos autos que a autora trabalhou na empresa ré por 17 anos (de 16-9-1980 a 1º-9-1997), conforme Carteira de Trabalho Profissional e Social – CTPS.

Antes de ter sido rescindido seu contrato de trabalho, porém, aos 22-8-1997, há comunicação de acidente de trabalho consistente na "múltipla exposição a produto químico de forma crônica (15 anos) com lesões nas mãos" (fl. 31), o qual lhe garantiu o recebimento do benefício auxílio-doença pago pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, conforme documento juntado à fl. 32.

Há que dizer que o segurado só faz jus ao benefício pago pelo Órgão Previdenciário se ficar comprovado o nexo causal entre o acidente do trabalho e a lesão ou a doença sofrida.

O nexo causal, de acordo com Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari, é

o vínculo fático que liga o efeito (incapacidade para o trabalho ou morte) à causa (acidente de trabalho ou doença ocupacional). Decorre de uma análise técnica, a ser realizada, obrigatoriamente, por médico perito ou junta médica formada por peritos nesta matéria.

Incumbe à perícia médica do INSS a investigação do nexo de causalidade entre a lesão, perturbação ou morte e o acidente ou doença, bem como tipificar o evento como sendo em decorrência do trabalho – Regulamento, art. 337 (*Manual de direito previdenciário*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2002. p. 443-444).



Por outro lado, foi realizada perícia, na qual o *expert* atestou que a demandante possui "*lesão única em ambas as mãos com as mesmas características: dermatite de contato*" ou "*dermatose ocupacional*" e que, "*no momento presente, apresenta processo reacional na pele, descamativa, eritema leve local, sem outras particularidades como sangramento ou soluções de continuidade*". Ao ser questionado sobre a causa da doença, respondeu que a limpeza de banheiros e pisos pode ter sido a razão da doença ocupacional, "*sendo que refere haver sido acometida nos últimos anos de atividade ou seja 1995 a 1997*".

No mais, extrai-se do laudo:

6) Diga o Sr. Perito: se à requerente tivessem sido fornecidos adequadamente Equipamentos de Proteção Individual – EPIs – a(s) moléstia(s) poderia(m) ter sido evitada(s)?

Sim.

7) Se as lesões apresentadas pela autora a impedem de realizar adequadamente os afazeres domésticos, tais como lavagem de roupas, de louças, passamento de cera, limpeza de banheiros, dentre outros?

A autora não fica impedida de realizar estas atividades, uma vez que faça uso de EPIs (Equipamentos de Proteção Individual) adequados para os tipos de serviços descritos e de forma correta.

[...] pode o Sr. Perito informar se as lesões apresentadas pela mesma a tornam incapacitada para o desempenho de qualquer atividade remunerada?

Não.

[...] Quais os fatores que determinam o surgimento desta espécie de doença?

A) Presença de agentes agressivos

B) Sensibilidade do exposto

C) Não uso de EPIs (Equipamentos de Proteção Individual);

D) Não uso de EPIs (Equipamentos de Proteção Individual) de maneira adequada (fls. 106-109).

Diante do que se constata, a inobservância das normas de medicina, higiene e segurança, bem como a ausência de medida para prevenção levam a crer que houve responsabilidade da empresa em não ter adotado as medidas de proteção e segurança conforme prevêm os arts. 19, §§ 1º a 3º, da Lei n. 8.213/91 e 157 da CLT, *verbis*:

Art. 19. Acidente do trabalho é o que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço da empresa ou pelo exercício do trabalho dos segurados referidos no inciso VII do art. 11 desta Lei, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho.

§ 1º A empresa é responsável pela adoção e uso das medidas coletivas e individuais de proteção e segurança da saúde do trabalhador.

§ 2º Constitui contravenção penal, punível com multa, deixar a empresa de cumprir as normas de segurança e higiene do trabalho.

§ 3º É dever da empresa prestar informações pormenorizadas sobre os riscos da operação a executar e do produto a manipular.

Art. 157. Cabe às empresas:

I — cumprir e fazer cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho;

II — instruir os empregados, através de ordens de serviço, quanto às precauções a tomar no sentido de evitar acidentes do trabalho ou doenças ocupacionais.

Dessa forma, o nexo causal foi estabelecido, pois cabia à empresa a fiscalização do uso de Equipamentos de Proteção Individual – EPIs para agentes químicos; em não o fazendo, a autora foi acometida de "dermatite de contato das mãos" – doença ocupacional que fulminou o dever de indenizar.

Sobre o tema, Maria Helena Diniz leciona:

A responsabilidade civil não pode existir sem a relação de causalidade entre o dano e a ação que o provocou.

O vínculo entre o prejuízo e a ação designa-se “nexo causal”, de modo que o fato lesivo deverá ser oriundo da ação, diretamente ou como sua conseqüência previsível. Tal nexo representa, portanto, uma relação necessária entre o evento danoso e a ação que o produziu, de tal sorte que esta é considerada como sua causa. Todavia, não será necessário que o dano resulte apenas imediatamente do fato que o produziu. Bastará que se verifique que o dano não ocorreria se o fato não tivesse acontecido. Este poderá não ser a causa imediata, mas, se for condição para a produção do dano, o agente responderá pela conseqüência (*Curso de direito civil brasileiro*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, v. 7. p. 76).

Extrai-se da jurisprudência desta Corte:

Demonstrado o nexo etiológico entre a atividade laboral e a patologia irreversível que culminou na diminuição da capacidade funcional do empregado, é dever do empregador indenizar. O empregador possui o dever de velar pela incolumidade física de seus empregados, especialmente quando tem ciência do perigo da atividade desenvolvida e não obsta a ocorrência do evento danoso (Ap. Cív. n. 2002.005315-0, de Criciúma, rel. Des. José Volpato de Souza, j. em 9-12-2003).

É inarredável, portanto, o reconhecimento da culpa da empresa apelante, uma vez que deixou de fornecer os equipamentos necessários à atividade laboral empreendida pela apelada, contribuindo para o desenvolvimento da moléstia, por isso é incontestado o seu dever ressarcitório.

No atinente à incapacidade para o trabalho, se o INSS concedeu auxílio-doença à autora é porque a capacidade, à época, era parcial. Veja-se o que dispõe a legislação previdenciária a respeito do tema:

Art. 59. O auxílio-doença será devido ao segurado que, havendo cumprido, quando for o caso, o período de carência exigido nesta Lei, ficar incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos.

Quando há redução da capacidade laborativa, em quantidade ou qualidade de trabalho, que exija maior esforço ou readaptação em novo

posto de trabalho, ou que de qualquer modo coloque o trabalhador em desvantagem competitiva no mercado de trabalho, nasce também a obrigação de indenizar.

Estabelecida a obrigação, passa-se à análise do *quantum* devido.

2. Relativamente aos danos materiais, o Magistrado *a quo* determinou o pagamento de uma pensão mensal vitalícia, no valor de 1/3 do último salário percebido, a partir da demissão, e, também, o pagamento da eventual diferença apurada entre o benefício previdenciário e a última remuneração.

A autora postula a condenação em indenização prevista no art. 1.538, *caput* e § 1º, e a inclusão dos reflexos – gratificação natalina e férias – na pensão mensal, enquanto a empresa ré pugna pela reforma da decisão, uma vez que foi condenada a ressarcir os danos materiais em duplicidade.

A pensão, *in casu*, deve ser fixada em valor equivalente à redução da capacidade laboral da vítima, à extensão da lesão e à sua irreversibilidade.

A demandante, vindo a padecer de doença ocasionada pelo contato permanente com agentes nocivos à sua saúde, apresenta-se inapta ao exercício do trabalho realizado anteriormente e, ate mesmo, para os serviços mais corriqueiros de seu dia-a-dia.

Assim, conforme decidiu o Togado monocrático, a pensão mensal é devida e seu valor deve ser estipulado com base no disposto no art. 1.539 do Código Civil de 1916, *verbis*:

Se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua o valor do trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até ao fim da convalescença, incluirá uma pensão correspondente à importância do trabalho, para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu.

A esse respeito é o posicionamento desta colenda Câmara:

A pensão alimentícia fixada em ação de indenização por acidente de trabalho em virtude de perda da capacidade laboral do empregado deve visar à recomposição da renda percebida por ele durante a relação contratual, de modo a recompor-lhe o sustento (Ap. Cív. n. 1999.014467-4, de Papanduva, rel. Des. Marcus Túlio Sartorato, j. em 15-9-2003).

Destarte, verificada a incapacidade parcial para o trabalho, é razoável o valor da pensão mensal nos termos estipulados pelo Magistrado *a quo*.

Entretanto, razão assiste à empresa apelante quando argumenta que foi condenada duplamente pelos danos materiais.

A corroborar esse entendimento, colhe-se da jurisprudência:

Afastamento da condenação por redução da capacidade laborativa, diante do deferimento de pensionamento, tratando-se de indenizações da mesma espécie (TJRS — AC n. 70008475964, de Canoas, rel. Des. Carlos Eduardo Zietlow Duro, j. em 6-5-2004).

Constata-se, portanto, a existência de dupla condenação por danos da mesma natureza. Desse modo, reforma-se a sentença para que a diferença entre o benefício percebido e o salário da autora seja adimplida até a data da demissão – 1º-9-1997 – para, após, iniciar-se o pagamento da pensão vitalícia.

3. Houve condenação, também, ao pagamento de danos morais. A autora postula a majoração e, a ré, a minoração da verba.

A Carta Maior, em seu art. 7º, XXII, assim dispõe:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

[...]

XXII — redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança.

Ademais, o respeito à dignidade da pessoa humana é descrito no art. 1º, III e IV, da CRFB:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III — a dignidade da pessoa humana;

IV — os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

Logo, pelas razões já expostas e, também, pelo ferimento à norma constitucional, devido é o ressarcimento pelo dano moral sofrido, embora valor nenhum seja capaz de ressarcir nem mesmo compensar os transtornos causados. No entanto, como inexistem outros critérios para amenizar a dor sofrida, atualmente se vem decidindo que as indenizações pecuniárias são a melhor solução para tentar abrandar as amarguras sofridas pela ofensa ou pelo abalo moral.

Não há, contudo, parâmetros legais para a fixação do valor da indenização dos danos morais. Como não têm base financeira ou econômica própria e objetiva, o *quantum* da reparação dos danos morais é aleatório. Cabe ao magistrado arbitrar o valor que entender justo, adequado, razoável e proporcional.

Acerca do valor da indenização, pertinentes são as lições de Humberto Theodoro Júnior:

O arbitramento da indenização do dano moral é ato exclusivo e indelegável do Juiz.

Por se tratar de arbitramento fundado exclusivamente no bom senso e na equidade, ninguém além do próprio juiz está credenciado a realizar a operação de fixação do *quantum* com que se reparará a dor moral (*Dano moral*. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999. p. 41).

A jurisprudência deste Tribunal o acompanha:

A fixação do *quantum* devido a título de indenização pelo abalo moral sofrido, deflui do prudente arbítrio do julgador, ao exami-

nar determinadas circunstâncias relevantes existentes nos autos, não podendo ser fixado em cifras extremamente elevadas, que importem enriquecimento sem causa por parte do lesado, nem ser irrisório, a ponto de não servir de inibição ao lesante (Ap. Cív. n. 2002.009481-7, de Lages, rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, DJ de 9-7-04).

Nesse contexto, deve-se considerar a gravidade do dano, as partes envolvidas e a intensidade da culpa no evento.

Sopesadas as peculiaridades do caso concreto, considera-se adequada a redução do valor fixado na sentença objurgada para R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), montante mais adequado a cumprir aqueles objetivos de condenação do causador do dano ao pagamento de indenização pelo dano moral. Além do mais, não pode o arbitramento tomar por base o valor do salário mínimo.

Esse é o entendimento da Corte Superior de Justiça:

DANOS MORAIS. FIXAÇÃO DO *QUANTUM* COM MODERAÇÃO, SEM EXAGEROS. NÃO-MODIFICAÇÃO. INDENIZAÇÃO FIXADA EM SALÁRIOS MÍNIMOS. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NA EXTENSÃO, PROVIDO.

[...]

4. É inadmissível a vinculação do montante indenizatório em salários mínimos. Precedentes do STJ.

5. Recurso parcialmente conhecido e, na extensão, provido (REsp. n. 618.554/RS, rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, Quarta Turma, j. em 6-3-2007, DJU de 9-4-2007, p. 253).

4. Derradeiramente, a empresa ré insurge-se contra a condenação em honorários. Com razão, uma vez que o Magistrado *a quo* não poderia tê-los arbitrado sobre o valor total da condenação. Dessa forma, os honorários advocatícios devem incidir sobre as parcelas vencidas relativas aos valores de danos materiais, mais 12 das vincendas, e sobre os valores da indenização por danos morais (CPC, art. 20, § 5º; RSTJ 93/254, 51/222).

Destarte, nega-se provimento ao recurso da autora e provê-se parcialmente o da empresa Sadia, para excluir da sentença a condenação por danos materiais relativa ao pensionamento vitalício e para minorar a quantia arbitrada a título de danos morais para o montante de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), a ser corrigido a partir da publicação do acórdão, mais juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, a serem contados da data do evento danoso, de acordo com a Súmula 54 do Superior Tribunal de Justiça. Fixam-se os honorários advocatícios em 15% sobre as parcelas vencidas, relativas aos danos materiais, mais 12 das parcelas vincendas, e também sobre os valores a título de indenização por danos morais.

#### DECISÃO

Ante o exposto, decidiu a Câmara, por unanimidade, desprover o recurso da autora e prover parcialmente o da ré.

O julgamento, realizado no dia 27 de novembro de 2007, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Carlos Prudêncio, com voto, e dele participou a Exma. Sra. Des. Maria do Rocio Luz Santa Ritta.

Florianópolis, 28 de novembro de 2007.

Moacyr de Moraes Lima Filho  
RELATOR



## SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

### APELAÇÕES CÍVEIS

#### **Apelação Cível n. 2005.023085-9, de Jaguaruna**

Relator: Des. Luiz Carlos Freyesleben

CIVIL E CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE PELO FATO DO PRODUTO. ACIDENTE COM FOGOS DE ARTIFÍCIO. APLICABILIDADE DO ART. 14 DO CDC. AMPUTAÇÃO DE ALGUNS DEDOS DA MÃO DIREITA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO FORNECEDOR NÃO ELIDIDA. DEVER DE INDENIZAR CARACTERIZADO. DANOS MORAIS E ESTÉTICOS. NATUREZA DIVERSA. POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO. CRITÉRIOS PARA O ARBITRAMENTO DA VERBA. PECULIARIDADES DA ESPÉCIE E RAZOABILIDADE. PENSÃO MENSAL VITALÍCIA. INCAPACIDADE TOTAL E PERMANENTE PARA DESEMPENHAR O LABOR ANTERIORMENTE EXERCIDO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS FIXADA EM VALOR INFERIOR AO REQUERIDO. IMPORTE MERAMENTE ESTIMATIVO. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA NÃO CARACTERIZADA. RECURSO DESPROVIDO.

Aplicam-se os princípios e as regras do Código de Defesa do Consumidor à relação jurídica existente entre a empresa distribuidora de fogos de artifício e usuários do produto, conforme o artigo 3º da Lei n. 8.078/90.

A jurisprudência e a doutrina têm sinalizado que, desde que a origem não seja a mesma, é possível a cumulação de pedidos de indenizações por danos morais e estéticos.

O consumidor que, em razão de acidente com fogos de artifício, sofre expressiva dor física e enfrenta longo período de recuperação, submetendo-se a cirurgias e tratamento fisioterápico, tem direito de ser indenizado pelo dano moral originado desses fatos, sobretudo quando o acidente também o incapacita para o exercício da sua profissão.

A presença de cicatrizes e de deformidade resultantes de acidente de consumo e de cirurgia necessária à recuperação da saúde da vítima dá causa à exigência de indenização por danos estéticos.

Nas ações indenizatórias por dano moral, em que o valor postulado é meramente estimativo, a condenação em montante inferior ao perseguido não acarreta sucumbência recíproca.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2005.023085-9, da comarca de Jaguaruna (Vara Única), em que é apelante Comercial Importadora e Exportadora Brasileira Ltda. e apelada Isaura de Aguiar Cardozo:

ACORDAM, em Segunda Câmara de Direito Civil, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento. Custas legais.

## RELATÓRIO

Isaura de Aguiar Cardozo aforou ação de indenização por danos morais, pessoais e materiais cumulada com pensão mensal vitalícia e lucros cessantes contra Fábrica de Fogos Xingu, dizendo haver sofrido acidente

com fogos de artifício, de fabricação da ré, durante a comemoração da vitória do Brasil na Copa do Mundo de 2002.

Alegou que, ao juntar um foguete já queimado para servir de base para outro, conforme manual de instrução, aquele estourou novamente em sua mão, causando-lhe lesões corporais gravíssimas, tais como a amputação do 2º, 3º e 4º dedos da mão direita e a perda da força e da amplitude dos movimentos do membro. Além do mais, disse haver sofrido dano moral, bem como danos estéticos, porque suportará para sempre as deformidades causadas pelo acidente.

Contou, ainda, ser agricultora e ter ficado incapacitada para o trabalho. Por isso, requereu a antecipação da tutela para que a requerida seja condenada ao pagamento de pensão mensal no valor de 1 (um) salário mínimo e, ao final, seja também condenada ao pagamento de indenização por danos morais, danos estéticos e pensão mensal, tudo corrigido monetariamente e acrescido de juros de mora, mais custas processuais e honorários advocatícios.

Pleiteou o benefício da assistência judiciária, deferido à fl. 2.

Comercial Importadora e Exportadora Brasileira Ltda. contestou (fls. 37/43) suscitando, preliminarmente, sua ilegitimidade para figurar no pólo passivo da ação.

No mérito, sustentou que um foguete já queimado não pode explodir novamente, porquanto a carga explosiva constante do produto já foi utilizada. Ademais, ressaltou que a periculosidade é inerente à mercadoria, e os riscos de acidentes são previsíveis e, por isso, deve-se seguir fielmente as normas de instrução.

Finalmente, discorreu acerca dos critérios de fixação das indenizações e requereu a improcedência dos pedidos.

A autora impugnou a contestação (fls. 64-70) e, em audiência, infrutífera a conciliação (fl. 100), deferiu-se a produção das provas pericial e testemunhal.

Produzida a prova pericial (fls. 106 e 125) e ouvidas as testemunhas (fls. 136-141), a doutora Juíza de Direito antecipou os efeitos da tutela para fixar pensão provisória no valor de 1 (um) salário mínimo (fls. 163-166). Em seguida, a Magistrada *a quo* julgou procedentes os pedidos e condenou a ré ao pagamento de um salário mínimo a título de pensão mensal vitalícia, desde a data do acidente, bem como de R\$ 13.000,00 pelos danos morais e outros R\$ 13.000,00 por danos estéticos, corrigidos monetariamente e acrescidos de juros de mora a partir da sentença. Condenou a ré, ainda, ao pagamento integral das custas processuais e dos honorários advocatícios, estes arbitrados em 15% sobre o valor da condenação.

Comercial Importadora e Exportadora Brasileira Ltda. apelou, alegando a inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor, ao argumento de que a autora não se enquadra no conceito de consumidora, porquanto não integrou a relação de consumo.

Diz-se ilegítima para figurar no pólo passivo da ação, pois a empresa fabricante estava identificada no produto e não foi citada para integrar a lide. Ademais, sustentou não ser a fornecedora do produto, pois apenas distribui a mercadoria no comércio local.

No mérito, reeditou precedente argumentação no tocante à ausência de verossimilhança nas alegações da autora e insistiu na impossibilidade de um foguete já utilizado estourar novamente. Em caso de entendimento diverso, disse da impossibilidade de cumulação de pedidos de dano moral puro e estético ou, sucessivamente, que sejam minorados. Finalmente, sustentou que a autora não ficou inválida para o trabalho, pois houve redução, no máximo, de 30% de sua capacidade laboral.

Requeru o provimento do apelo para a improcedência dos pedidos ou a minoração dos valores indenizatórios, bem como a redistribuição dos ônus sucumbenciais.

Houve contra-razões (fls. 219-229).

A autora requereu a antecipação da tutela recursal, indeferida às fls. 261-262.

## VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto por Comercial Importadora e Exportadora Brasileira Ltda. contra a sentença da doutora Juíza de Direito da comarca de Jaguaruna que, nos autos da ação indenizatória movida por Isaura de Aguiar Cardozo, condenou a empresa ao pagamento de um salário mínimo mensal a título de pensão mensal vitalícia, desde a data do acidente, além de R\$ 13.000,00 a título de indenização por danos morais e outros R\$ 13.000,00 por danos estéticos, corrigidos monetariamente e acrescidos de juros de mora a partir da sentença, mais custas processuais e honorários advocatícios de 15% sobre o valor da condenação.

### Da aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor

Cumpre dizer que não há dúvidas quanto à aplicabilidade das normas do Código de Defesa do Consumidor ao caso *sub judice*, porque há entre as partes relação de consumo. Nas palavras de Tupinambá Miguel Castro do Nascimento:

Relações de consumo são aquelas relações jurídicas relativas à aquisição ou utilização de produtos e serviços, em que o adquirente, ou utente, aparece como destinatário final. Esta cláusula – destinatário final – é explicativa e excludente (*Responsabilidade Civil no Código de Defesa do Consumidor*. 1. ed. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1991. p. 11).

Por essa razão, as partes enquadram-se no conceito de consumidor e fornecedor, insculpido no Código de Defesa do Consumidor. O artigo 2º da Legislação Consumerista definiu que "consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final".

No caso, tem-se que a apelada, ainda que não tenha adquirido os fogos de artifício, utilizou o produto como destinatária final. Em contrapartida, o apelante se enquadra no conceito de fornecedor estatuído pelo Código de Defesa do Consumidor em seu artigo 3º, que assim dispõe:

Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

Logo, afigura-me elementar concluir que a demanda tem sua resolução condicionada às normas e princípios insertos no Código de Defesa do Consumidor.

Da preliminar de carência de ação por ilegitimidade passiva

O requerido alega ser parte ilegítima para figurar no pólo passivo da lide, porquanto apenas distribuiu os fogos de artifício fabricados pela empresa Fábrica de Fogos Xingu.

Não tem razão. Isso porque a autora promoveu a ação contra "Fábrica de Fogos Xingu, pessoa jurídica, inscrita no CNPJ 02.005.931/0001-08, com endereço da fábrica na Fazenda Cachoeirinha 1, s/n – Zona Rural – Santo Antônio do Monte, no Estado de Minas Gerais – CEP 35.560-000 (fone: 0XX17 232 5855) e endereço comercial na Rua João Mesquita, 2623 – 1º andar – São José do Rio Preto (SP) - CEP 15.025-035" (fl. 2).

A "Fábrica de Fogos Xingu" situada na "Rua João Mesquita, 2623, 1º andar, São José do Rio Preto/SP" foi validamente citada em 28-2-2003

(fl. 36); contudo, quem contestou a presente ação foi a empresa Comercial Importadora e Exportadora Brasileira Ltda., sem que tenha sido chamada para integrar a lide.

Num primeiro momento, poder-se-ia considerar a ré Fábrica de Fogos Xingu revel. Todavia, ela e a apelante são empresas com identidade de sócias, estabelecidas no mesmo endereço e com idêntico número telefônico, o que demonstra tratar-se de um conglomerado de empresas em que há confusão quanto às suas responsabilidades e, aos olhos do consumidor, atuam como se uma só fossem.

Ademais, não se pode permitir que as empresas integrantes desses grupos, quando demandadas em juízo, pretendam confundir os consumidores, suscitando sua ilegitimidade, induzindo-os em erro na escolha de contra quem devem demandar.

Dessa forma, é escusável a confusão feita entre elas, subsistindo a legitimidade da ré em face da teoria da aparência, aqui perfeitamente aplicável, mormente porque a autora está de boa-fé.

Para Arnaldo Rizzardo, a teoria da aparência tem aplicação naqueles casos em que

uma pessoa, considerada por todos como titular de um direito, embora não o seja, leva a efeito um ato jurídico com terceiro de boa-fé. Ela se apresenta quando os atos são realizados por *una persona engañada por una situación jurídica que es contraria a la realidad, pero que apresenta exteriormente las características de una situación jurídica verdadera* (José Puig Brutau, Estudos de Derecho Comparado, La Doctrina de Los Actos Propios, Ed. Ariel, Barcelona, 1951, p. 103) (*Teoria da aparência*. Ajuris, n. 24. p. 222).

Nesse sentido já decidiu esta Corte:

*Leasing*. Reintegração de posse. Concessão da liminar. [...] Alegação de ilegitimidade passiva. Banco. Teoria da aparência.

“Aplica-se a teoria da aparência e a doutrina do *disregard*, na hipótese de apresentarem-se ao público e à clientela duas ou mais empresas como uma única empresa, ainda que do ponto de vista técnico-jurídico sejam pessoas jurídicas distintas, não se confundindo’ (STJ, REsp.n. 24.557-0 RS) (AI n. 1998.004309-3, de Tubarão, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, j. 17-9-1998).

Não se configura a *ilegitimidade passiva ad causam* quando estabelecida a relação contratual com uma empresa, é acionada outra integrante do mesmo conglomerado financeiro, ainda que na técnica jurídica sejam pessoas distintas. Apresentando-se elas ao público e à clientela como uma só empresa, é de se aplicar, em tal hipótese, a teoria da aparência (Ap. Cív. n. 2003.002577-4, Rel. Des. Trindade dos Santos, j. 04-9-2003).

Ação proposta contra empresa do mesmo grupo, estabelecida no mesmo endereço, tendo o mesmo terminal telefônico. Ilegitimidade passiva decretada. Inocorrência. Teoria da Aparência. Extinção do processo. Recurso provido. Sentença anulada (TJSC, Ap. Cív. n. 47.154, Rel. Des. Pedro Manoel Abreu, j. 21-3-1996).

Rejeito, pois, a preliminar de ilegitimidade passiva.

#### *Do mérito*

No mérito, o apelante visa à reforma da sentença para que se julguem improcedentes os pedidos indenizatórios, e insiste que não agiu culposamente quanto à produção do evento danoso e que há ausência de verossimilhança nas alegações da autora.

Sabe-se que, em hipótese como a dos autos, a lide fica subjugada aos preceitos e princípios encontrados no Código de Defesa do Consumidor, porquanto patente a relação de consumo estabelecida entre as partes. Daí por que a responsabilidade do apelante converte-se em objetiva, em atenção ao que consta do artigo 12 da Lei n. 8.078/90, cuja dicção é esta:

Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem,



fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

§ 1º O produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

I - sua apresentação;

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

III - a época em que foi colocado em circulação.

§ 2º O produto não é considerado defeituoso pelo fato de outro de melhor qualidade ter sido colocado no mercado.

§ 3º O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar:

I - que não colocou o produto no mercado;

II - que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste;

III - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Em tal contexto, convém salientar que os produtos colocados à disposição dos consumidores devem cumprir, além de sua função econômica, o objetivo de segurança quanto à normalidade dos riscos apresentados pelo produto e a sua previsibilidade, porquanto a ausência dessa característica importa vício de qualidade por insegurança.

Os bens de consumo que ora se examinam são fogos de artifício com riscos intrínsecos no seu manuseio e, embora capazes de ocasionar acidentes, sua periculosidade mostra-se normal e previsível em reciprocidade à expectativa do consumidor. Contudo, a obrigação de indenizar surge, exatamente, quando tais riscos saem do controle do consumidor, ou seja, este não possui o condão de prevêê-los, de forma que, em decorrência de qualquer defeito, tem sua vida ameaçada, pela imprevisibilidade do dano ocasionado pelo consumo do produto.

No caso, há dizer que durante a comemoração da vitória do Brasil na Copa do Mundo de 2002, com fogos de artifício de fabricação da ré, a autora, ao juntar um foguete já queimado para servir de suporte para outro, foi surpreendida por novo estouro daquele em sua mão direita, o que lhe causa lesões corporais gravíssimas, como a amputação de dedos e perda da força e amplitude dos movimentos do membro.

Ressalta-se que a autora procedeu conforme instruções de uso, seguindo orientação engastada na própria embalagem do produto. Veja-se:

- 1 – Use foguetes novos ou usados como cabo, no mínimo 3 peças;
- 2 – Encaixe-os, conforme o desenho, invertendo as espoletas (estopins), de acordo com a gravura, seguro no cabo (tubo mais fino e curto), do primeiro foguete de baixo e acenda o último de cima;
- 3 – Após acendê-lo mantenha o braço esticado e ligeiramente inclinado durante pelo menos 20 segundos, depois de ouvir os estampidos;
- 4 – Após queimar o último foguete de cima use-o como cabo encaixando-o no cabo do primeiro foguete de baixo; segure somente no cabo do primeiro foguete de baixo e acenda sempre, o último foguete de cima, repetindo a operação até o final da série (fl. 33).

Destarte, o fato em si basta à caracterização do dano, atribuível, com exclusividade, a ré, cuja responsabilidade aflora, obrigando-a ao reparo, da forma mais completa possível, do fato e de suas nefastas conseqüências, de nada lhe valendo invocar mera fatalidade ou simples infortúnio, cuja possibilidade de ocorrência é corriqueira nos dias atuais. É que a situação exigia de quem fabrica ou distribui produto explosivo, além de bom-senso, o respeito às normas jurídicas atinentes à espécie, pois a eles toca o dever de zelar pela segurança e pela saúde dos usuários daquele produto.

Não é outra a orientação desta Corte de Justiça:

APELAÇÃO CÍVEL. INDENIZATÓRIA. ACIDENTE COM FOGO DE ARTIFÍCIO. NEXO DE CAUSALIDADE COMPROVADO. DEVER DE INDENIZAR.

Demonstrado o nexo de causalidade entre o dano ocorrido e o produto, ou seja, que da explosão de determinado foguete resultou a deformação na mão da vítima, cumpre ao fabricante do fogo de artifício indenizá-la da explosão defeituosa, *ex vi* do art. 12, § 3º, do Código de Defesa do Consumidor.

PENSÃO MENSAL. REDUÇÃO DA FUNCIONALIDADE DA MÃO EM 75%. PENSÃO DEVIDA.

Havendo evidente redução da capacidade laborativa, deve ser a vítima ressarcida, sendo aplicável o comando do artigo 1.539, do Código Civil. No caso vertente, restando a vítima com 75% de redução das funções da mão em virtude do acidente, necessitando de ajuda dos familiares para continuar trabalhando, faz jus à percepção de pensão mensal.

DANO MORAL. PRESUNÇÃO. PREJUÍZO MATERIAL. COMPROVAÇÃO. DESNECESSIDADE. INDENIZAÇÃO DEVIDA.

É presumido o dano puramente moral, sem condicioná-lo a qualquer prejuízo de ordem material, isto é, ele existe tão-somente pela ofensa, sendo o bastante para justificar a indenização [...] (Ap. Cív. n. 1999.006592-8, de Concórdia, rel. Des. Carlos Prudêncio, j. 13-9-2005).

Destarte, presente o nexo causal entre o produto e o dano sofrido pela autora, indubitosa a responsabilidade da apelante pelos danos sofridos pela vítima.

#### *Dos danos morais e estéticos*

Com relação à possibilidade de cumulação das indenizações por danos morais e estéticos, a jurisprudência e a doutrina têm sinalizado que, desde que a natureza do dano não seja a mesma, é possível a condenação ao pagamento de ambas as indenizações. Veja-se:

**CIVIL. DANOS ESTÉTICOS E MORAIS. CUMULAÇÃO.**

Os danos estéticos devem ser indenizados independentemente do ressarcimento dos danos morais, sempre que tiverem causa autônoma. Recurso especial conhecido e provido (REsp n. 816.568/SP, rel. Min. Ari Pargendler, j. 29-11-2007).

**RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE RODOVIÁRIO. PASSAGEIRO. LESÕES GRAVES E IRREVERSÍVEIS. CONS-TITUIÇÃO DE CAPITAL. DANOS MORAIS E ESTÉTICOS. JUROS MORATÓRIOS.**

– É admissível a cumulação dos danos morais e danos estéticos quando, apesar de derivados do mesmo evento, suas conseqüências podem ser separadamente identificáveis (REsp. 377.148/RJ, rel. Min. Barros Monteiro, j. 20-9-2005).

Na hipótese, o dano moral brota do acidente sofrido durante a comemoração da Copa do Mundo de 2002, da dor física experimentada pela vítima e do longo período de recuperação enfrentado. Além disso, a autora ficou incapacitada para o trabalho na lavoura em razão das seqüelas deixadas pelo acidente, que, mesmo após cirurgias e tratamento fisioterápico, a acompanharão para toda a vida.

Origem diversa, portanto, tem dano estético, que exsurge da amputação de dedos das mãos e das cicatrizes e deformidade que a autora suportará para toda a vida. É que o perito judicial, em resposta ao quesito de número 1 (fl. 106), “quais as lesões causadas na autora em decorrência do acidente”, respondeu que houve “amputação do 2º dedo da mão direita em falange proximal + amputação 3º e 4º dedos da mão direita + amputação 5º dedo mão esquerda em falange média + 1º dedo mão direita em garra + retração cicatricial mão direita + incapacidade funcional total da mão direita” (fl. 125), e o fato, em razão das deformidades sofridas pela vítima, basta para caracterizar o dano estético.

Daí a inteira possibilidade de cumulação das indenizações, conforme se infere da leitura dos seguintes precedentes:

Verifica-se que as lesões decorrentes do acidente impediram a autora de exercer normalmente suas funções como profissional e dona de casa, fazendo jus à indenização pelo dano moral e estético.

A indenização a título de dano moral, *in casu*, visa reparar a dor suportada pelas privações das atividades exercidas no cotidiano.

Já a resultante do dano estético, visa compensar a lesão permanente e irreparável, que restou demonstrada (Ap. Cív. n: 2006.008507-5, da Capital, rel. Des. Cid Goulart, j. 29-8-2006).

DANO ESTÉTICO – COMPROVAÇÃO DA OCORRÊNCIA DE LESÕES GRAVES DECORRENTES DO INFORTÚNIO – DRÁSTICA TRANSFORMAÇÃO APARENTE – EXISTÊNCIA DE DANOS MORAIS – POSSIBILIDADE DE CONDENAÇÃO TENDO EM VISTA QUE O DANO ESTÉTICO É ESPÉCIE DE DANO MORAL – POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO ENTRE OS DANOS, AINDA QUE ORIUNDOS DO MESMO ATO ILÍCITO – SÚMULA 37 DO STJ – VALOR ARBITRADO COM PARCIMÔNIA.

O dano estético está ligado à aceitação social do indivíduo marcado por um aleijão, ou qualquer outra alteração física que provoque reação, enquanto que a indenização por dano moral objetiva, mais precisamente, a compensação interior da vítima, isto é, um meio de conformá-la em razão do que veio a sofrer e com a convivência que terá em sua lembrança, visto que toda vez que se deparar com as limitações decorrentes do acidente sofrerá intrinsecamente, ainda que sozinha e afastada do convívio humano.

O acolhimento do pedido indenizatório de "dano estético" não evidencia que o "abalo moral" também suportado pela vítima tenha deixado de existir ou foi satisfeito, e vice-versa. Até porque a jurisprudência pátria tem assentado o entendimento de que "são cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato" (Súmula 37 do STJ) (Ap. Cív. n. 2006.009134-6, de Lages, rel. Des. Mazoni Ferreira, j. 15-03-2007).

Dessa forma, não há afastar a condenação por danos morais e estéticos, que merece ser mantida no importe fixado pela doutora Juíza de

Direito, em R\$ 13.000,00 por danos morais e em R\$ 13.000,00 por danos estéticos, para que a vítima receba, não a paga dos danos experimentados, mas uma quantia que lhe proporcione algum conforto, tendo em vista a gravidade das lesões sofridas, as quais estarão ali, sempre presentes, a reviver um momento que, seguramente, gostaria ela de não ter vivido, especialmente por se tratar de mulher, em que a vaidade é atributo sempre presente.

### *Da pensão mensal*

O recorrente alega, também, que a incapacidade da autora é parcial, já que ela pode praticar todos os atos do cotidiano e continua apta a exercer outro tipo de atividade remunerada.

Sem razão. O entendimento pacífico da jurisprudência desta Corte de Justiça, em razão da realidade fática da busca por emprego no país, é de que a invalidez total e permanente é constatada quando a vítima torna-se inválida para a prática do labor que exercia e não de toda e qualquer atividade remunerada. Nesse norte:

Resta caracterizada a invalidez permanente total por doença para o trabalho quando o segurado for considerado incapaz e insuscetível de reabilitação para o exercício da atividade que lhe garantia a sua sobrevivência (Ap. Cív. n. 2002.014356-7, da Capital, rel. Des. Carlos Prudêncio, j. 05-11-2002).

INVALIDEZ TOTAL DO SEGURADO – INCAPACIDADE PARA O EXERCÍCIO DAS ATIVIDADES ANTERIORMENTE EXECUTADAS – DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DE INABILITAÇÃO PARA O LABOR EM OUTRA ATIVIDADE – OBRIGAÇÃO DA SEGURADORA DE EFETUAR O PAGAMENTO DA APÓLICE EM SEU VALOR INTEGRAL – EXEGESE DO ART. 54, § 4º, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E ART. 1.458 DO CÓDIGO CIVIL DE 1916.

“Constatada a incapacidade total e permanente para o trabalho, o seguro deve ser pago pelo total contratado. A incapacidade perma-

nente deve ser aferida em função da atividade profissional exercida pelo segurado” (TAMG – Ap. Cív. n. 0340440-2 – rel. Juiz Valdez Leite Machado) (Ap. Cív. n. 2003.014322-0, da Capital, rel. Des. Wilson Augusto Nascimento, j. 20-10-2003).

Ora, diante da afirmação do perito de que “resultou perda permanente da função da mão direita” (fl. 125), evidente que a autora não é mais capaz de desempenhar o mesmo trabalho que realizava na lavoura. Por essa razão, não há falar em incapacidade parcial, mas sim em debilidade total e permanente.

Ademais, o *quantum* fixado pela Magistrada para a pensão mensal levou em conta os rendimentos auferidos pela autora com a produção e venda dos produtos agrícolas, estando correta a fixação da pensão mensal em um salário mínimo.

#### *Da sucumbência recíproca*

Finalmente, as apelante entende ocorrente a sucumbência recíproca, porquanto a autora pediu indenização por danos morais e estéticos equivalente a 350 salários mínimos e a Juíza deferiu-lhe somente R\$ 26.000,00.

Ora, já é de sabença geral, nas lides forenses, que o valor da indenização por danos morais pedido na petição de abertura do processo é meramente estimativo, por falta absoluta de parâmetros fixos, não se podendo falar em sucumbência recíproca quando o valor dos danos morais for concedido, pelo juiz, em importância menor do que a pedida.

O Superior Tribunal de Justiça não apenas pacificou, mas sumulou tal questão, enunciando que “na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca” (Súmula 326). Não há, portanto, falar em sucumbência recíproca, à luz dos fundamentos lançados.

Pelo exposto, conheço do recurso de apelação e o desprovejo.

## DECISÃO

Nos termos do voto do Relator, conheceu-se do recurso e negou-se-lhe provimento.

Participaram do julgamento, realizado no dia 13 de dezembro de 2007, os Exmos. Srs. Des. Subst. Jaime Luiz Vicari e Henry Petry Júnior.

Florianópolis, 14 de março de 2008.

Luiz Carlos Freyesleben  
PRESIDENTE E RELATOR



**Apelação Cível n. 2007.042244-1, de Blumenau**

Relator: Des. Luiz Carlos Freyesleben

CIVIL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. EXAME DE DNA. PATERNIDADE EXCLUÍDA. PEDIDO DE NOVA PERÍCIA PELA INVESTIGANTE. DÚVIDAS ACERCA DA LISURA DO PROCEDIMENTO. NECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DE CONTRAPROVA. BUSCA DA VERDADE REAL. APLICAÇÃO DO ART. 130 DO CPC. CONVERSÃO DO JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA.

Nos casos em que há fortes dúvidas quanto à lisura do exame de DNA, a prudência recomenda que se proceda à contraprova, mediante nova coleta de material genético.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2007.042244-1, da comarca de Blumenau (1ª Vara da Família), em que é apelante J. R. C. e apelado A. C. M.:

ACORDAM, em Segunda Câmara de Direito Civil, por votação unânime, converter o julgamento em diligência. Custas legais.

**RELATÓRIO**

J. R. C. ajuizou ação de investigação de paternidade contra A. C. M., com quem sua mãe, G. C., manteve relações amorosas durante certo tempo, no passado. Disse que sua mãe trabalhava na casa do irmão do investigado, como serviçal doméstica, e o requerido passou a possuí-la, carnalmente ,ao longo de um ano, até que ela resultou grávida.

Destacou haver nascido em 11-1-1962, e ter sido registrada somente com o nome da mãe, porquanto o investigado tenha-se recusado a reconhecê-la como filha. De outra parte, sua mãe, à época, temeu pelo

que pudesse acontecer se insistisse no reconhecimento da paternidade, pois prezava seu emprego de doméstica e supunha que a revelação do fato ocasionaria sua demissão. Por isso, jamais buscou o caminho judicial para o reconhecimento dos seus direitos. Ademais, disse somente ter tomado ciência de quem era seu pai ao completar 18 anos. Contudo, ainda que tenha procurado A. C. M., este negou-se a reconhecer o vínculo consanguíneo. Essa a razão por que requereu a procedência da investigatória, e pediu que lhe fosse deferida a assistência judiciária.

O investigado A. C. M. contestou a ação, sustentando jamais haver mantido namoro ou algo mais profundo com a mãe da investigante. Ademais, manifestou interesse na realização de exames de DNA, à sua expensa, pois somente diante de tal prova técnica cederia ao desejo da pretensa filha. Assim, realizado o exame de DNA, encartado nas folhas 39-44, cuja conclusão aponta para a exclusão da paternidade investigada, a autora, desde logo, impugnou o resultado pericial, referindo-se a irregularidades cometidas por ocasião da coleta do material genético. Por isso, suscitou a suspeição do perito nomeado pelo Juízo e formulou quesitos para serem respondidos pelo experto (fls. 49-54).

Com vista dos autos, o doutor Promotor de Justiça opinou pelo deferimento dos quesitos da autora, aos quais acrescentou outros, para serem esclarecidos pelo perito judicial (fl. 59).

Apresentadas as respostas aos quesitos (fl. 65), o réu manifestou-se, negando ser amigo do perito nomeado (fls. 74-77).

Assim, considerando instruído o processo, a doutora Juíza de Direito julgou a ação improcedente e condenou a autora ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, estes fixados em 15% sobre o valor da ação, e determinou a suspensão da exigência de tais ônus, em atendimento aos termos da Lei n. 1.060/50 (fls. 91-96).

Inconformada, J. R. C. apelou, insistindo em suas precedentes alegações e reafirmando sua desconfiança a respeito da lisura dos exames, ao tempo em que disse de sua enorme desconfiança quanto ao procedimento relacionado à coleta das amostras do material genético, voltando a ressaltar o grau de amizade entre investigado e perito judicial.

Acrescentou que as respostas do perito aos quesitos por ela formulados pouco esclareceram, mesmo porque não se poderia esperar que o experto reconhecesse erro no procedimento por ele realizado. Destarte, requereu o conhecimento e o provimento do recurso, com vistas na realização de nova prova de DNA e posterior reconhecimento da paternidade investigada.

Houve contra-razões (fls. 109-113) e a doutra Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Procurador Antenor Chinato Ribeiro, alvitrou a conversão do julgamento em diligência para a produção de nova perícia genética, ante as evidências de que houve irregularidades que poderão ser evitadas em um novo exame.

## VOTO

Trata-se de recurso de apelação cível interposto por J. R. C. contra a sentença que, na comarca de Blumenau, em ação de investigação de paternidade, que a apelante move contra A. C. M., julgou improcedente o pedido da autora. Na verdade, a recorrente não se conforma com o resultado da perícia de fls. 39-44, e destaca a ocorrência de irregularidades capazes de tornar suspeita a coleta do material genético. De outro lado, sugere, ainda, a suspeição do próprio perito judicial, a quem atribuiu amizade íntima com o investigado. Essa a razão por que requereu a realização de nova perícia técnica e o posterior reconhecimento da paternidade investigada.

A prova coligida não é das mais convincentes e não oferece, por ora, a indispensável segurança para afastar a aventada paternidade, pois o exame

de DNA, realizado em 2 de setembro de 2004, concluiu pela exclusão do liame parental entre investigante e investigado, o que gerou a sentença judicial de improcedência do pedido. Entretanto, o resultado da perícia, foi, desde logo, impugnado pela autora apelante, mediante a redação e o envio de uma missiva, na qual relata os seguintes fatos:

Quando estava chegando ao laboratório um senhor idoso e uma mulher entraram. Eram 16:40 horas, fui atendida pelo Sr. Arion (perito judicial), que me pediu xerox da identidade. Como não tinha, ele sugeriu que eu fosse à Escola Shalon. Fui rapidamente. Retornei, a porta do laboratório era de vidro, fiquei observando por um minuto como o Dr. Arion e o Dr. A. (investigado) conversavam amigavelmente. Abri a porta. "Ela tem fibra", dizia A. M. a Arion. O responsável do laboratório acenou com a cabeça para A. ao mesmo tempo em que iniciei a abrir a porta. Dr. A. virou-se e me viu. "O nome daquela arquiteta é... Como é mesmo o nome dela... Esqueci." Disse A. M. Para mim não houve dúvidas, eles mudaram de assunto com minha chegada. Não nos cumprimentamos, eu e Dr. A. O senhor idoso permanecia ali acompanhando a mulher. Entreguei o xerox da identidade ao Dr. Arion. Dr. A. e Dr. Arion conversaram mais alguma coisa. Dr. A. preencheu um cheque de 600 reais, supus que para as despesas. Entregou ao laboratorista que disse: – Certo, depois eu tiro o meu. Dr. Arion perguntou-me ser era aquele o homem que iria fazer o exame comigo. Sim, disse eu. Em seguida Dr. Arion dirigiu-se ao Sr. idoso: – Já vamos atendê-lo, o Sr. guarde um minuto. Olhei o relógio, 17:16 horas.

Dr. A. foi para sala colher o material acompanhado pela enfermeira. O laboratorista disse-me que eu poderia acompanhar a coleta e dirigiu a palavra ao idoso: – O senhor guarde mais um minuto, já vamos atendê-lo.

O braço esquerdo do Dr. A. estava roxo, com sinal de picada de agulha. Ele solicitou a enfermeira que tirasse sangue do braço direito, pois havia tomado vitaminas para a geriatria. Como não foi possível, pois da veia não saía sangue, retornaram ao braço esquerdo. Dr. Arion conversava amigavelmente com o advogado que acompanhava Dr. A.

Em seguida fui eu a colher o material, enquanto o Dr. Arion solicitava ao senhor idoso que aguardasse. Material colhido, foi colocado

em uma pequena caixa de isopor. Já estávamos todos novamente na recepção. Dr. Arion falou para Dr. A. – O senhor não se preocupe, isto irá no malote de sexta-feira ou segunda-feira. Despediram-se. Eu permaneci ali, olhando os frascos. Dr. Arion pediu-me que eu respondesse um questionário; só eu respondi, não vi o Dr. A. responder. A pergunta que me chamou a atenção foi se eu havia feito transfusão de sangue nos últimos seis meses. Dr. Arion pediu ao senhor idoso que aguardasse mais um minuto, pois já iam colher o material dele. Eu continuei a olhar os frascos no isopor em cima do balcão.

Dr. Arion disse-me: "A senhora não se preocupe, o resultado irá direto para o Juiz". Ouvi e permaneci. Ele continuou: "Não se preocupe porque eu e ele (A.) somos amigos, melhor, velhos conhecidos. Eu não me vendo por 600 reais". Ele parecia ler meus pensamentos.

Então o Dr. Arion fechou o isopor e colocou-o dentro de um saco plástico. Esperava eu que o isopor fosse lacrado, o plástico fosse lacrado, mas nada disso aconteceu. Já eram 17:40 horas e eu tinha que ir. O senhor idoso continuou ali.

Questionei e continuo questionando:

—Por que a permanência do casal ali?

—O braço roxo do Dr. A. teria sido vitaminas ou transfusão de sangue?

—Por que a caixa não foi lacrada?

—E o fato de o perito responsável e o réu serem conhecidos de longa data?

Ainda que os peritos judiciais tenham respondido aos quesitos da autora e aos do Ministério Público (fls. 65 e 67), as respostas pouco ou quase nada esclareceram, não se prestando para a consolidação do resultado do exame genético. Além disso, verifica-se que o valor pago ao experto por A. C. M. na ocasião da coleta do material genético (R\$ 600,00) não corresponde aos honorários periciais (R\$ 500,00), conforme recibo de fl. 38. De outra parte, entende o Ministério Público que o investigado é advogado renomado em Blumenau, e, apesar de negar o envolvimento

com a mãe da autora, acolheu, espontaneamente, a investigante em imóvel de sua propriedade, em 2001, tal como salientado pelo Dr. Procurador de Justiça, Antenor Chinato Ribeiro, de cujo parecer aproprio-me do seguinte excerto:

Da análise dos autos, percebe-se que, embora os fatos tenham ocorrido há 40 (quarenta) anos, tem-se que parte da história relatada pela apelante é confirmada pelo apelado, que, inclusive, a acolheu em um imóvel de sua propriedade, até que fosse realizado o exame de DNA o que, pelo menos, denota que o apelado acreditava, ainda que em tese, que esta realmente pudesse ser sua filha.

Ocorre que a insurgência da apelante se fundamenta no fato de que o apelado e o perito responsável pela coleta do material mantiveram conversa em isolado, gerando desconfiância. Há uma observação aos laboratórios credenciados no verso do formulário de exame de investigação de paternidade do Laboratório DNA Reference que orienta no seguinte sentido: "procurar não conversar isoladamente com as partes, pois pode gerar desconfiâncias" (fl. 70, v.).

Além disso, a apelante afirmou que os tubos não foram lacrados na sua presença de forma a evitar que o material fosse trocado por outro. Não obstante o perito Arion Probst, ao ser indagado sobre as medidas de segurança adotadas para evitar troca de material, respondeu que "com os tubos previamente identificados, coletados e acondicionados no *display*, estes são lacrados em envelope próprio, na presença das partes".

Portanto, há elementos nos autos que apontam que, em tese, tais medidas não teriam sido observadas, pois, conforme relata a apelante, os frascos ficaram expostos no isopor em cima do balcão e "o Dr. Arion fechou o isopor e colocou-o dentro de um saco plástico. Esperava eu que o isopor fosse lacrado, o plástico fosse lacrado, mas nada disso aconteceu".

Assim, tendo que escolher entre a busca pela verdade real e a economia processual, considerando, ainda que remota, a possibilidade de falha no exame de DNA até mesmo quando realizado por peritos de confiança e laboratórios renomados (*vide* fl. 88), entende-se, *data vênia*, que se deve optar pela busca da primeira.

Observa-se que o principal motivo da desconfiança da apelante se baseia em atitude suspeita do perito e do próprio apelado que contribuíram para suscitar esta dúvida ao manter conversa em reservado bem como em razão da conduta do primeiro em não lacrar o material coletado na presença da apelante, evidenciando, assim, a possibilidade de ocorrência de troca das amostras (fls. 120-121).

A busca da verdade real acerca da paternidade é direito inalienável e imprescritível da pessoa humana, não se lhe podendo negar, em tal seara, ensanchar nenhuma de que possa vir a conhecer sua verdadeira descendência. Daí a imensa importância de arredar-se a menor suspeita a que possa atingir lisura do procedimento adotado na perícia fundamental para o desvendar da verdade. Por isso é que se impõe, nesta hipótese, em especial, atender ao reclamo da parte e ao alvitre ministerial para que se converta em diligência o julgamento, com vistas à submissão das partes a novo exame de DNA, com prova e contraprova, proceder este indispensável ao conhecimento da existência ou não do alegado liame parental.

Há uma plethora de julgados, nesta Corte de Justiça, neste mesmo sentido, permitindo-me citar alguns exemplos:

APELAÇÃO CÍVEL – INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE – SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA – INSURGÊNCIA DA AUTORA – PEDIDO DE NOVO EXAME DE DNA – ACOLHIMENTO – REALIZAÇÃO DE TRANSFUSÃO SANGÜÍNEA – INFORMAÇÃO NÃO REPASSADA AO LABORATÓRIO QUE REALIZOU A PROVA TÉCNICA – FRAGILIDADE DO RESULTADO DO LAUDO PERICIAL APRESENTADO – PECULIARIDADES DO CASO – BUSCA DA VERDADE REAL – OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, DA PERSONALIDADE E DA PATERNIDADE RESPONSÁVEL CONSTITUCIONALMENTE ASSEGURADOS (ARTS. 1º, III; 226, § 7º, e 227, *CAPUT* da CF/88) – CONVERSÃO DO JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA – POSSIBILIDADE – EXEGESE DO ART. 130 DO CPC E ART. 116 DO REGIMENTO INTERNO DESTA CORTE.

Dada a relevância do instituto do reconhecimento da paternidade e dos princípios jurídicos constitucionais que o informam, atinentes à dignidade da pessoa humana, da personalidade e da paternidade responsável (art. 1º, III, art. 226, §7º e art. 227, da CF/88), mostra-se recomendável a realização de novo exame de DNA, se a segurança do resultado do primitivamente realizado for fragilizada pelas demais circunstâncias do caso concreto.

Mostra-se viável ao juízo *ad quem* converter o julgamento em diligência para obtenção de maiores esclarecimentos acerca da verdade real do caso concreto em enfrentamento, primando, desse modo, pela efetividade da justiça (Ap. Cív. n. 2006.020958-9, de Palhoça, rela. Des. Salete Silva Sommariva, j. 26-09-2006).

#### ACÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. CONTEXTO PROBATÓRIO DUVIDOSO. CONVERSÃO DO JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA PARA REALIZAÇÃO DO EXAME PELO DNA. ADMISSIBILIDADE.

Em sede de investigação de paternidade, que trata de direito indisponível e personalíssimo do autor, mostrando-se a prova insegura, impõe-se a conversão do julgamento em diligência para a realização do exame sanguíneo pelo método do DNA (AR n. 1988.073947-0, de Lages, rel. Des. Carlos Prudêncio, j. 11-10-2006).

Em face do exposto e ante a inteira utilidade de dar-se aos litigantes nova ensanxa para que se defrontem, definitivamente, com a verdade real, é que, pelo meu voto, estou convertendo o julgamento do apelo em diligência para que as partes submetam-se a novo exame de DNA, com prova e contraprova, como já asseverado, até porque

a paternidade, como laço de parentesco que une imediatamente a pessoa a um ascendente, constitui, sem sombra de dúvida, núcleo fundamental da origem de direitos a se agregarem ao patrimônio do filho, sejam eles direitos da personalidade ou até mesmo direitos de natureza real. Como direito da personalidade a paternidade não pode deixar de ser investigada da forma mais ampla possível (Ap. Cív. n. 2001.002434-4, de Urussanga, rel. Des. Anselmo Cerello, j. 08-04-2002).



À vista dos precedentes invocados, sem esquecer que a prova destina-se ao julgador, cuja convicção deverá ser sólida para a facção de boa justiça, repita-se, é que se torna conveniente a conversão do julgamento em diligência, visando ao suprimento da falha probatória detectada pela parte e pelo Ministério Público, com o que ter-se-á uma mais correta aplicação do direito e da justiça.

Converte-se, pois, o julgamento em diligência para que as partes submetam-se a novo exame de DNA (prova e contraprova), por conta do réu, no prazo de noventa dias, a contar da ciência desta decisão, a ser realizado por dois laboratórios distintos, mediante coleta de novos materiais genéticos, os quais deverão ser acondicionados e lacrados na presença das partes e com a assinatura sobre o lacre das autoridades competentes e das partes.

#### DECISÃO

Nos termos do voto do Relator, converteu-se o julgamento em diligência.

Participaram do julgamento, do realizado no dia 13 de dezembro de 2007: os Exmos. Srs. Des. Subst. Jaime Luiz Vicari e Henry Petry Junior.

Florianópolis, 20 de fevereiro de 2008.

Luiz Carlos Freyesleben  
PRESIDENTE E RELATOR

## TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

### APELAÇÕES CÍVEIS

#### **Apelação Cível n. 2007.052039-0, de Balneário Camboriú**

Relator: Des. Fernando Carioni

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS – INFANTE COM ESTADO GRAVE DE SAÚDE – ATENDIMENTO HOSPITALAR CONDICIONADO À APRESENTAÇÃO DE GUIA DE ENCAMINHAMENTO DO POSTO DE SAÚDE – MORTE DO MENOR – ÓBICE AO ATENDIMENTO MÉDICO E CONTRIBUIÇÃO À OCORRÊNCIA DO FATO DANOSO COMPROVADOS – ATO ILÍCITO CARACTERIZADO – DEVER DE INDENIZAR COGENTE – *QUANTUM* INDENIZATÓRIO – OBSERVÂNCIA AOS CRITÉRIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE – PENSÃO ALIMENTÍCIA – RESSARCIMENTO PELOS PREJUÍZOS MATERIAIS – INÍCIO DO PENSIONATO – EXTINÇÃO DA PENSÃO – CONSTITUIÇÃO DE CAPITAL – PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Apesar de a guia de encaminhamento de posto de saúde ser um procedimento administrativo regular nos hospitais, tal proceder não pode ser admitido em situações em que o paciente apresenta estado grave de saúde e com sérios riscos de morte, posto que a

função do nosocômio é tutelar, de forma incondicional, o bem mais precioso do ser humano, a vida.

Ao condicionar o atendimento com a guia de encaminhamento, o hospital, por intermédio de seu preposto, assume o risco e responde civilmente pelos infortúnios gerados pelo não-atendimento dos pacientes.

"Em se tratando de família de baixa renda, admite-se o pagamento de indenização por dano material por morte de filho menor que não exercia atividade laborativa à época do evento danoso" (STJ, Ministra Nancy Andriighi).

É devida a pensão alimentícia mensal pela morte de filho menor arbitrada em 2/3 (dois terços) do salário mínimo para o fim de compensar os prejuízos materiais que a família experimenta, com início do pensionato na data em que ele completaria 14 (quatorze) anos de idade, época em que poderia realizar trabalho remunerado, e limitado à data em que completaria os 25 (vinte e cinco) anos, porquanto sua extensão até os 65 (sessenta e cinco) anos é admitida quando comprovada sua contribuição, em vida, na subsistência do lar.

A indenização por danos morais deve ser fixada com ponderação, levando-se em conta o abalo experimentado, o ato que o gerou e a situação econômica do lesado; não pode ser exorbitante, a ponto de gerar enriquecimento, nem irrisória, dando azo à reincidência.

"Em ação de indenização, procedente o pedido, é necessária a constituição de capital ou caução fidejussória para a garantia de pagamento da pensão, independentemente da situação financeira do demandado" (Súmula 313 do STJ).

RECURSO ADESIVO – RESPONSABILIZAÇÃO SOLIDÁRIA DOS MÉDICOS – ALEGAÇÕES DE DESVIO DE CONDUTA

TÉCNICA – CULPA DOS PROFISSIONAIS NÃO COMPROVADA – RESPONSABILIDADE AFASTADA – VERBA HONORÁRIA – MODICIDADE NÃO VERIFICADA – RECURSO DESPROVIDO.

A responsabilização médica fica desautorizada quando o conjunto probatório é capaz de revelar que a doença que levou o paciente ao óbito não se relaciona com os procedimentos adotados pelos profissionais que o acompanharam, considerados adequados para o quadro apresentado.

Na fixação dos honorários advocatícios, consoante entendimento doutrinário e jurisprudencial, o magistrado deverá avaliar, efetivamente, o trabalho realizado pelo advogado, considerando o grau de zelo profissional, o lugar de prestação do serviço, a natureza e importância da causa e o tempo exigido para seu serviço.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2007.052039-0, da comarca de Balneário Camboriú (3ª Vara Cível), em que são apelantes e apelados Hospital Santa Inês S.A., e João Adriano Pes e outros:

ACORDAM, em Terceira Câmara de Direito Civil, por votação unânime, prover parcialmente o apelo e negar provimento ao recurso adesivo. Custas legais.

## RELATÓRIO

João Adriano Pes e Malvina Lopes ajuizaram Ação de Indenização por Dano Moral e Material n. 005.01.009841-5 contra o Hospital Santa Inês S.A., José Geraldo Simões Flório, Antônio Carlos da Cunha Tavares e Ani Mari Amorim alegando, em suma, que, no dia 6-3-2001, por volta das 6h da manhã, levaram seu filho J. V. P. no pronto-socorro do noso-

cômio, uma vez que estava com febre muito alta, acrescentando que nessa oportunidade foram determinados exames complementares e receitado um antifebril pelo segundo requerido.

Mencionaram que o estado da criança se agravou, continuando com febre e, depois, com vômitos, motivo pelo qual a levaram, novamente, ao hospital às 3h da madrugada do dia 7-3-2001.

Asseveraram que o terceiro requerido aplicou uma injeção e que o menor só não foi internado em razão da espera dos exames já requisitados.

Relataram que às 6h30min, quando foram levar o menor ao laboratório, o seu estado de saúde estava visivelmente grave, com manchas pelo corpo, e enfraquecimento generalizado.

Disseram que, após levá-lo ao laboratório, foram ao nosocômio e a criança não fora atendida porque não contava com o encaminhamento do posto de saúde, conforme determinação da quarta requerida, retornando, portanto, ao laboratório para proceder à coleta de urina que, anteriormente, não fora possível. Nessa oportunidade, diante da gravidade do caso, por pedido de uma senhora que se encontrava no local dos fatos, obtiveram ajuda de um policial.

Ressaltaram que, pela negativa de atendimento do hospital, dirigiram-se ao posto de saúde para obter a guia de encaminhamento do SUS.

Ponderaram que, por volta das 11h, o menor estava em situação grave, razão pela qual fora encaminhado ao nosocômio de ambulância, já que apresentava convulsões que, infelizmente, levaram ao seu óbito.

Disseram que foi aberto inquérito policial, no qual constatou-se, pelo exame cadavérico, que o motivo da morte foi meningite bacteriana, e, acrescentaram que, se inicialmente diagnosticada, teria sido evitado o óbito.

Diante desses fatos, postularam a condenação dos requeridos ao pagamento de danos morais e de pensão mensal.

Devidamente citados, os réus apresentaram contestação, cada qual refutando os fatos e os pedidos da exordial.

Houve réplica às contestações.

Em despacho saneador, afastaram-se as preliminares.

Na instrução do processo, foram ouvidas cinco testemunhas.

Os litigantes apresentaram alegações finais.

Sentenciando o feito, a Magistrada *a quo* julgou improcedente a ação em relação aos requeridos José Geraldo Simões Flório, Antônio Carlos da Cunha Tavares e Ani Mari Amorim, e condenou os autores ao pagamento da verba honorária ao patrono destes, no valor de R\$ 1.500,00, suspendendo a exigibilidade da condenação por serem beneficiários da assistência judiciária. Outrossim, julgou procedente a demanda em relação ao Hospital Santa Inês, condenando-o ao pagamento de R\$ 72.000,00 (setenta e dois mil reais) a título de danos morais, corrigidos a partir da publicação da sentença e acrescidos de juros de mora de 6% ao ano, a contar da citação, bem como de pensão mensal desde o óbito até a data em que a criança completaria 25 anos, no importe de 2/3 do salário mínimo, passando, então, a 1/3 do salário mínimo até a data em que ela completaria 65 anos de idade, devendo o nosocômio, ademais, constituir capital para garantir o cumprimento da obrigação. Por terem os autores decaído de parte mínima dos seus pedidos em relação ao hospital, condenou-se este a arcar com 25% das custas processuais e dos honorários advocatícios em favor dos autores, fixados em 10% do valor da condenação total.

Inconformado, o Hospital Santa Inês recorreu, alegando não possuir responsabilidade, pois, assim como os demais requeridos, procedeu de forma correta e em conformidade com a necessidade exigida ao caso.

Afirmou que o óbito da criança aconteceu pelas próprias características da doença que lhe acometia.

Disse que não foi demonstrado o nexo de causalidade, requisito indispensável para o dever de indenizar.

Mencionou que o dano moral deve ser reduzido, observando-se os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Pugnou pela exclusão da condenação de pensão mensal, uma vez que não existia dependência econômica, ou, se assim não entender, que seja limitado o pensionamento até os 25 anos de idade.

Asseverou, por fim, que a constituição de capital, prevista no art. 602 do CPC, está revogada pela Lei n. 11.232/05.

Os autores recorreram, de forma adesiva, postulando, preliminarmente, a condenação solidária dos demais réus. Requereram, também, a majoração dos valores arbitrados para os danos morais, materiais (pensão mensal) e os honorários advocatícios. Entenderam, por fim, não haver sucumbência no valor indenizatório postulado na inicial.

Contra-arrazoados os recursos, os autos ascenderam a esta Corte.

## VOTO

Do recurso movido pelo Hospital Santa Inês S.A.

A presente inconformação tem por objeto a sentença de primeiro grau que condenou o Hospital Santa Inês S.A. ao pagamento de R\$ 72.000,00 (setenta e dois mil reais) a título de danos morais em favor dos autores, devidamente corrigidos e acrescidos de juros de mora, bem como de pensão mensal desde o óbito do filho dos demandantes até a data em que completaria 25 anos, no importe de 2/3 do salário mínimo, passando, então, a 1/3 do salário mínimo até a data em que completaria 65 anos de

idade, e determinou ao nosocômio, ainda, a constituição de capital para garantir o cumprimento da obrigação.

Alega o hospital não possuir responsabilidade pelo evento, pois, como os demais requeridos, procedeu de forma correta e em conformidade com a necessidade do caso.

Acresce que o óbito da criança aconteceu pelas próprias características da doença acometida.

Diz, portanto, não haver comprovação do nexo de causalidade entre a doença e o atendimento prestado, requisito indispensável para o dever de indenizar.

Em que pesem suas argumentações, elas não merecem prosperar.

*Ab initio*, cumpre frisar que a relação existente entre o paciente e o hospital, prestador de serviços, rege-se pelo Código de Defesa do Consumidor por ser a responsabilidade civil do nosocômio de natureza objetiva, a teor do art. 14, *caput*, da Lei n. 8.078/90, *in verbis*:

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

Sobre o assunto, ensina Nelson Nery Junior em nota (5) ao art. 186 do CC/02:

Dois são os sistemas de responsabilidade civil que foram adotados pelo CC: responsabilidade civil objetiva e responsabilidade civil subjetiva. O sistema geral do CC é o da *responsabilidade civil subjetiva* (CC 186), que se funda na *teoria da culpa*: para que haja o dever de indenizar é necessária a existência do dano, do nexo de causalidade entre o fato e o dano e a culpa *lato sensu* (culpa – imprudência, negligência ou imperícia; ou dolo) do agente. O sistema subsidiário do CC é o da *responsabilidade civil objetiva* (CC 927 parágrafo único), que se funda na *teoria do risco*: para que haja o dever de indenizar é irrelevante a conduta (dolo ou culpa) do agente,



pois basta a existência do dano e do nexo de causalidade entre o fato e o dano. Haverá responsabilidade civil objetiva quando a lei assim o determinar (*v.g.*, CC 933) ou quando a atividade habitual do agente, por sua natureza, implicar risco para o direito de outrem (*v.g.*, atividades perigosas). Há outros subsistemas derivados dos dois sistemas, que se encontram tanto no CC como em leis extravagantes [...] (*Código civil anotado e legislação extravagante*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 239).

É da jurisprudência:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – ERRO MÉDICO – RELAÇÃO DE CONSUMO CONFIGURADA – RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO HOSPITAL – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA – POSSIBILIDADE – REQUISITOS DO ART. 6º, VIII, DO CDC PREENCHIDOS – RECURSO DESPROVIDO.

Os hospitais, em face do disposto no Código de Defesa do Consumidor, estão sujeitos à responsabilidade objetiva que prescinde de demonstração da culpa por ser o paciente a parte hipossuficiente da relação (TJSC, AI n. 2004.015582-4, de Araquari, rel. Juiz Sérgio Izidoro Heil, j. em 8-5-2005).

Conseqüentemente, para a concretização da responsabilização civil do hospital, há que levar em conta os seguintes requisitos: existência de um dano e nexo de causalidade, ou seja, que o resultado lesivo tenha sido produzido em virtude de atitude do agente.

Na espécie, a tese defendida pelo nosocômio limita-se aos corretos procedimentos adotados no atendimento do menor J. V. P. Ocorre que, diversamente, observa-se que a instituição apelante exigia a guia de encaminhamento do posto de saúde como condição para prestar o atendimento, apesar de o paciente apresentar estado grave de saúde e com sérios riscos de morte.

Em verdade, percebe-se que o menor J. V. P. foi por duas vezes atendido no hospital; a primeira no dia 6-3-2001, por volta das 6h, e a segunda no dia seguinte às 3h da madrugada, retornando, ainda, uma

terceira vez, pela manhã, oportunidade em que a mãe do menino foi informada, pela atendente e requerida Ani Mari, de que deveria se dirigir ao posto de saúde.

Aqui cabe um parêntese. A exigência da guia de encaminhamento do SUS é uma medida administrativa, é um procedimento normal adotado pelo hospital. A funcionária, portanto, cumpria ordens, e não pode, por esse modo, ser responsabilizada, senão a instituição empregadora, conforme adiante se verá.

Nesse sentido:

[...] A responsabilidade do patrão por atos dos seus prepostos é objetiva, bastando a ensejá-la a constatação de que o ato gerador do dano foi causado por empregado no exercício da sua função, ou em decorrência dela. Outrossim, tal responsabilização abrange todo tipo de prejuízo decorrente de conduta culposa dos funcionários, esta entendida em sentido *lato*, abrangendo o dolo e a culpa [...] (TJSC, Ap. Cív. n. 2000.016123-3, de Videira, rela. Des. Maria do Rocio Luz Santa Ritta, j. em 4-10-2005).

[...] O empregador responde civilmente pelos atos ilícitos praticados por seus prepostos (Art. 1.521 do CCB/1916 e Súmula 341/STF) [...] (REsp. n. 623.040/MG, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, Terceira Turma, j. em 16-11-2006).

Observam Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery:

Há presunção de responsabilidade civil da empresa ou instituição por ato ilícito praticado por seu preposto com dolo ou culpa (imprudência ou negligência), devendo esta reparar o dano material e/ou moral (STJ, 3ª T., REsp. n. 200808/RJ, v.u., j. em 16-11-2000, DJU de 12-2-2001, RSTJ 142/265) (ob. cit., p. 491, casuística ao art. 932 do CC).

Nas palavras da eminente Magistrada de primeiro grau:

[...] a exigência de apresentação de guia de encaminhamento do SUS pela mãe do menor para que fosse possível o atendimento era uma determinação da administração do hospital. A requerida Ani Mari, cuja função no hospital requerido é de mera atendente, apenas

obedeceu a uma ordem ao exigir dos autores o cumprimento da determinação (fls. 328-329).

Apesar de a guia de encaminhamento ser um procedimento regular, tal proceder não pode ser admitido em situações em que o paciente apresenta estado grave de saúde e com sério risco de morte.

Conforme o depoimento do médico Jânio César Viana Boeira "[...] no caso do paciente vir ao pronto socorro e sendo urgente a necessidade, não se espera autorização prévia do SUS" (fl. 293).

Ora, pelo conjunto de provas torna-se incontroverso que a criança, apesar dos atendimentos anteriores, não aparentava estar bem de saúde, conforme corrobora o depoimento do policial militar Eliel Redding (fl. 305), bem como as declarações prestadas por Malvina Lopes de Lima no Inquérito Policial n. 063/01 (fls. 66-68).

Assim, ao condicionar o atendimento com a guia de encaminhamento do posto de saúde, o hospital, por intermédio de sua funcionária, assumiu o risco ao deixar de atender à criança, o que agravou o seu estado de saúde.

Asseverou a Magistrada sentenciante:

Ora, ao condicionar o atendimento do menor J. V. P. à apresentação de autorização do SUS, o hospital assumiu o risco de agravamento do estado de saúde da criança pela falta de pronto atendimento.

Após ter passado o menino por dois atendimentos médicos, sendo óbvio que o quadro do menor já devia se apresentar grave tendo em conta o pequeno lapso temporal até sua morte, o retardamento do atendimento acabou por colaborar para seu óbito, uma vez que este perdeu uma chance de receber tratamento apropriado a tempo e, conseqüentemente, de sobreviver (fl. 331).

Disso deriva, por outro lado, a injúria moral, passível de indenização, caracterizando, também, o nexó de causalidade entre o dano causado e a conduta do agente. E, uma vez caracterizado o fato ofensivo à honra ou

à imagem da pessoa, bem como o sentimento íntimo de pesar no lesado, surge o dever de indenizar.

Acerca da matéria, preleciona, ainda, Carlos Alberto Bittar:

Na prática, cumpre demonstrar-se que, pelo estado da pessoa, ou por desequilíbrio em, sua situação jurídica, moral econômica, emocional ou outras, suportou ela conseqüências negativas advindas do fato lesivo. A experiência tem mostrado, na realidade fática, que certos fenômenos atingem a personalidade humana, lesando os aspectos referidos, de sorte que a questão se reduz, no fundo, a simples prova do fato lesivo. Realmente, não se cogita, em verdade, pela melhor técnica, em prova de dor, ou de aflição, ou de constrangimento, porque são fenômenos insítos na alma humana como reações naturais a agressões do meio social. Dispensam, pois, comprovação, bastando, no caso concreto, a demonstração do resultado lesivo e a conexão com o fato causador, para responsabilização do agente (*Reparação civil por danos morais*. São Paulo:Revista dos Tribunais, 1993. p. 129-130).

Do todo apresentado, não há dúvidas do abalo moral sofrido pelos autores em decorrência da morte do filho, e estando comprovado o nexo etiológico entre a conduta do hospital e o fato danoso ocorrido, inofismável a condenação do hospital pelos danos gerados, conforme os termos da sentença combatida.

Noutro tópico, o apelante requer a redução do *quantum* indenizatório.

Sorte não lhe assiste.

É cediço que os danos morais devem ser fixados ao arbítrio do juiz, que, analisando caso a caso, estipula um valor razoável, mas não irrelevante ao causador do dano, dando azo à reincidência no ato, ou exorbitante, de modo a aumentar consideravelmente o patrimônio do lesado. Deve, pois, segundo Maria Helena Diniz, ser

proporcional ao dano causado pelo lesante, procurando cobri-lo em todos os seus aspectos, até onde suportarem as forças do patrimônio do devedor, apresentando-se para o lesado como uma compensa-

ção pelo prejuízo sofrido (*Código civil anotado*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 650).

Carlos Alberto Bittar acentua:

A indenização por danos morais deve traduzir-se em montante que represente advertência ao lesante e à sociedade de que não se aceita o comportamento assumido, ou o evento lesivo advindo. Consubstancia-se, portanto, em importância compatível com o vulto dos interesses em conflito, refletindo-se, de modo expresso, no patrimônio do lesante, a fim de que sinta, efetivamente, a resposta da ordem jurídica aos efeitos do resultado lesivo produzido. Deve, pois, ser quantia economicamente significativa, em razão das potencialidades do patrimônio do lesante (ob. cit., p. 220).

Não divergindo, Regina Beatriz Tavares da Silva afirma:

Os dois critérios que devem ser utilizados para a fixação do dano moral são a compensação ao lesado e o desestímulo ao lesante. Inserem-se nesse contexto fatores subjetivos e objetivos, relacionados às pessoas envolvidas, como análise do grau da culpa do lesante, de eventual participação do lesado no evento danoso, da situação econômica das partes e da proporcionalidade ao proveito obtido como ilícito.

[...]

Em suma, a reparação do dano moral deve ter em vista possibilitar ao lesado uma satisfação compensatória e, de outro lado, exercer função de desestímulo a novas práticas lesivas, de modo a "inibir comportamentos anti-sociais do lesante, ou de qualquer outro membro da sociedade", traduzindo-se em "montante que represente advertência ao lesante e à sociedade de que não se aceita o comportamento assumido, ou o evento lesivo" (*Novo código civil comentado*. Coordenador Ricardo Fiuza. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 841-842).

Sobre o tema, colhe-se da jurisprudência:

[...] A indenização por danos morais deve ser fixada de modo a dar uma compensação ao lesado pela dor por ele sofrida, porém não pode ser de maneira tal que lhe pareça conveniente ou vantajoso o

abalo suportado (TJSC, Ap. Cív. n. 2001.013185-4, de Lages, rel. Des. Mazoni Ferreira, j. em 11-8-2005).

[...] O valor da indenização do dano moral deve ser arbitrado pelo juiz de maneira a servir, por um lado, de lenitivo para o abalo creditício sofrido pela pessoa lesada, sem importar a ela enriquecimento sem causa ou estímulo ao prejuízo suportado; e, por outro, deve desempenhar uma função pedagógica e uma séria reprimenda ao ofensor, a fim de evitar a recidiva [...] (TJSC, Ap. Cív. n. 2001.010072-0, de Criciúma, rel. Des. Luiz Carlos Freyeslebem, j. em 14-10-2004).

No caso em foco, inquestionável o abalo moral sofrido pelos autores decorrente da morte do filho, diga-se, com apenas 11 meses de idade.

Assim, apesar da dificuldade na quantificação pecuniária pela perda de um ente familiar, ao sopesar os critérios da proporcionalidade e da razoabilidade, bem como do caráter compensatório e punitivo da condenação, impõe-se a manutenção do valor arbitrado na sentença em R\$ 72.000,00 (setenta e dois mil reais).

O recorrente postula, ainda, a exclusão da condenação de pensão mensal, uma vez que não existia dependência econômica, ou, se assim não entender, pede o início do pensionamento aos 14 anos de idade, época em que o menor poderia iniciar no mercado de trabalho, limitando-o, porém, aos 25 anos.

Por primeiro, cabe consignar que, mesmo no caso de a vítima ser menor de idade, e não contribuir para a subsistência familiar, o ato ilícito perpetrado condiciona o agente ao pagamento de indenização por danos materiais.

A respeito, é uníssona a jurisprudência da Corte Superior:

[...] Em se tratando de família de baixa renda, admite-se o pagamento de indenização por dano material por morte de filho menor que não exercia atividade laborativa à época do evento danoso [...]

(REsp. n. 542.367/DF, rela. Mina. Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. em 26-8-2004).

[...] 1. A jurisprudência desta Corte tem admitido o pagamento de indenização por morte de filho menor, visto que, nas famílias pobres, os menores comumente colaboram para o sustento de todos [...] (REsp. n. 107.617/RS, rel. Min. Paulo Gallotti, Segunda Turma, j. em 24-10-2000).

[...] 2. 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/SP, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, j. em 17-8-1999).

Não divergem os tribunais pátrios:

[...] DANO PATRIMONIAL. MORTE DE FILHO MENOR DE IDADE QUE NÃO EXERCIA ATIVIDADE REMUNERADA. DIREITO À INDENIZAÇÃO. É devida a indenização por dano material aos pais de família de baixa renda, em decorrência da morte de filho menor proveniente de ato ilícito, independentemente do exercício de trabalho remunerado pela vítima. Entendimento consolidado na jurisprudência do STJ [...] (TJRS, Ap. Cív. n. 70009784653, Décima Câmara Cível, rel. Des. Jorge Alberto Schreiner Pestana, j. em 10-3-2005).

[...] 1. Nas famílias humildes, o labor do jovem começa mais cedo, exatamente em face da necessidade de auxílio aos pais e irmãos mais novos. É inequívoca a obrigação de reparar os danos causados pela morte prematura da vítima, provocada por culpa alheia. O dano patrimonial, na hipótese, é de ser presumido. Em relação ao dano moral, a presunção é absoluta [...] (TJDF, Ap. Cív. n. 19990110295334, Acórdão n. 146.819, do Distrito Federal, Terceira Turma Cível, rela. Des. Sandra de Santis, j. em 13-8-2001).

Destarte, a pensão mensal é devida, já que objetiva compensar os prejuízos materiais que a família sofre com a morte do filho menor, ou seja, configurado o ato ilícito perpetrado, o ressarcimento pelos prejuízos

materiais pela morte de um filho menor de idade se resolve, nesses casos, com a pensão alimentícia mensal.

Outrossim, tem-se o entendimento de que o início do pensionato deve ter por base os 14 anos de idade, época em que o menor começaria a trabalhar, nos termos do art. 7º, inciso XXXII, da Constituição Federal. Vejamos:

[...] Consoante entendimento sedimentado do Superior Tribunal de Justiça, a pensão destinada aos pais em decorrência do falecimento de filha de tenra idade deve ser fixada no valor equivalente a 2/3 do salário mínimo, *tendo como marco inicial a data em que a vítima completaria 14 anos, quando poderia ingressar no mercado de trabalho – art. 7º, XXXII, da Constituição Federal [...]* (Ap. Cív. n. 2006.008072-1, de Santo Amaro da Imperatriz, rel. Des. Mazoni Ferreira, j. em 23-11-2006) (grifei).

Da mesma forma, ver: TJSC, Ap. Cív. n. 2002.022988-7, de Biguaçu, rel. Des. Jorge Schaefer Martins, j. em 22-3-2007.

De outro norte, entende-se, também, que a referida pensão deve perdurar até a data em que a vítima completaria os 25 anos de idade, somente sendo estendida aos 65 anos quando comprovado que o descendente contribuía para a subsistência do lar, o que, definitivamente, não é o caso.

Para corroborar o entendimento declarado, traz-se a lume precedentes jurisprudenciais citados por Antonio Lindbergh C. Montenegro: RSTJ. 78/186; RT, 565/132; 674/145; 617/72; 667/87; RJTJESP. 43/89; 59/56; RTJ. 83/642 e RJTJESP. 68/139 (*Ressarcimento de danos*, 7. ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris Ltda., 2001. p. 89).

E mais:

[...] É devida a pensão alimentícia mensal arbitrada em 2/3 (dois terços) do salário mínimo para o fim de compensar os prejuízos materiais que a família experimenta com a morte do filho menor, limitando-a até a data em que ele completaria os 25 (vinte e cinco)



anos de idade, porquanto sua extensão até os 65 (sessenta e cinco) anos é admitida quando comprovado que o *de cujus* contribuía para a subsistência do lar (TJSC, Ap. Cív. n. 2006.014748-5, de Maravilha, de minha relatoria, j. em 10-8-2006).

RESPONSABILIDADE CIVIL EM ACIDENTE DE TRÂNSITO. INVASÃO DA PISTA CONTRÁRIA EM LOCAL DE ULTRAPASSAGEM PROIBIDA. COLISÃO ENTRE CAMINHÃO E AUTOMÓVEL [...] MORTE DE MENOR. PENSÃO EM FAVOR DO GENITOR. CABIMENTO. SÚMULA 491 DO STF. Cabível a instituição de pensão por morte em favor do genitor de menor falecido aos 18 anos em decorrência de acidente de trânsito, até a data em que a vítima completaria 25 anos de idade, tendo em vista o caráter alimentar da obrigação decorrente do parentesco. Precedentes do TJRGS [...] (TJRGS, Ap. Cív. n. 70009605619, de Carazinho, Décima Segunda Câmara Cível, rel. Des. Carlos Eduardo Zietlow Duro, j. em 16-9-2004).

[...] A indenização aos pais pela morte de filho menor deve ser fixada em pensão mensal, no valor correspondente a 2/3 do salário mínimo vigente à época do evento, até a data em que o *de cujus* completaria 25 anos de idade [...] (TJGO, Proc. n. 200302669730, de Goiânia, Quarta Câmara Cível, rel. Des. Borges de Almeida, j. em 27-5-2004).

DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO. INDENIZAÇÃO. MORTE DE FILHO MENOR [...] Pensão mensal. É devida também a pensão mensal (danos materiais) aos genitores da vítima, mormente se a família é de baixa renda, devendo ter como limite a data em que a vítima completaria vinte e cinco (25) anos de idade e ser fixada em dois terços (2/3) do salário mínimo vigente [...] (TJGO, Proc. n. 200302229765, de Goiânia, Terceira Câmara Cível, rel. Des. João Waldeck Félix de Sousa, j. em 19-2-2004).

Necessário consignar, também, pelos próprios julgados supracitados, ser lícito o percentual da pensão mensal fixado em 2/3 do salário mínimo, razão da sua manutenção, visto que, acrescenta-se, remunera adequadamente os prejuízos materiais sofridos.

Por conseguinte, determina-se que o início do pagamento da pensão mensal alimentícia, fixada em 2/3 do salário mínimo, ocorra na data em

que a vítima completaria 14 anos de idade, limitando-a, todavia, até o dia em que esta completaria 25 anos de idade.

Ao final, assevera o postulante que a constituição de capital, prevista no art. 602 do CPC, está revogada pela Lei n. 11.232/05.

Não obstante a sentença ter aplicado tal dispositivo posteriormente a sua revogação, observa-se que a referida lei editou o art. 475-Q, que tratou da matéria em discussão, *in verbis*:

Art. 475-Q. Quando a indenização por ato ilícito incluir prestação de alimentos, o juiz, quanto a esta parte, poderá ordenar ao devedor constituição de capital, cuja renda assegure o pagamento do valor mensal da pensão.

Logo, a constituição de capital deve ser mantida para garantir o cumprimento da obrigação.

Nesse sentido:

[...] A constituição de capital se faz necessária para assegurar o cabal cumprimento da obrigação alimentar, visto que a inclusão do beneficiário em folha de pagamento da empresa não garante o cumprimento da prestação no caso de quebra da empresa, ainda mais diante da realidade econômica de nosso país [...] (TJSC, Ap. Cív. n. 2005.036829-9, de Concórdia, rel. Des. Jorge Schaefer Martins, j. em 27-7-2006).

[...] A constituição de capital tem como finalidade precípua assegurar o cabal cumprimento da obrigação alimentar. O fato de a requerida tratar-se de empresa que atua no setor há muitos anos, gozando de sólida reputação na praça, por si só, não acarreta a dispensa da exigência, mormente diante da realidade econômica do país, que não permite presumir a estabilidade e futura solvência de uma empresa [...] (TJSC, Ap. Cív. n. 2005.002370-4, de Joinville, rel. Des. Mazoni Ferreira, j. em 6-10-2005).

Colhe-se do Superior Tribunal de Justiça:

Ação de indenização. Embargos de declaração. Constituição de capital. Súmula 313 da Corte.

1. Deixando a parte de incluir nos primeiros embargos de declaração o dispositivo legal que gostaria de ver apreciado sobre o tema neles posto, não é pertinente o ajuizamento de novo recurso para esse fim, presente a preclusão consumativa.
2. A Súmula 313/STJ pacificou a jurisprudência da Corte sobre a necessidade da constituição de capital ou de caução fidejussória para garantir o pagamento da pensão.
3. Recurso especial não conhecido (REsp. n. 669.696/ES, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, j. em 14-6-2007).

Assim, faz-se imprescindível a manutenção da constituição de capital no presente caso, aplicando-se as disposições do art. 475-Q do CPC, em contrapartida ao art. 602, já revogado pela Lei n. 11.232/05.

*Do recurso adesivo movido por João Adriano Pes e Malvina Lopes*

Os autores recorrem, na forma adesiva, postulando, preliminarmente, a condenação solidária dos médicos e réus José Geraldo Simões Flório e Antônio Carlos da Cunha Tavares.

De início, segundo Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, salienta-se que a responsabilidade civil do médico, como atividade profissional liberal ou empregatícia, é subjetiva (*Novo curso de direito civil. responsabilidade civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 3. p. 243).

Desse modo, a responsabilidade civil do médico é aquela que resulta do seu dever de compensar os danos causados em seus pacientes, no exercício de sua profissão, expressamente prevista no art. 1.545 do antigo Código Civil, vigente à época dos fatos:

Os médicos, cirurgiões, farmacêuticos, parteiras e dentistas são obrigados a satisfazer o dano, sempre que da imprudência, negligência, ou imperícia, em atos profissionais, resultar morte, inabilitação de servir, ou ferimento (com correspondência no art. 951 do CC/02).

A obrigação do médico, por via de regra, é de meio, ou seja, não garante a cura, mas, sim, o tratamento adequado, podendo, em outros casos, ser de resultado, como na cirurgia estética e, ainda, de natureza delitual, quando cometido um ilícito penal ou quando houver descumprimento das normas regulamentares da profissão.

Tecendo comentários, ensina Maria Helena Diniz:

A responsabilidade do médico é contratual, por haver entre o médico e seu cliente um contrato, que se apresenta como uma obrigação de meio, por não comportar o dever de curar o paciente, mas de prestar-lhe cuidados conscienciosos e atentos conforme os progressos da medicina. Todavia, há casos em que se supõe a obrigação de resultado, com sentido de cláusula de incolumidade, nas cirurgias estéticas e nos contratos de acidentes. Excepcionalmente a responsabilidade do médico terá natureza delitual, se ele cometer um ilícito penal ou violar normas regulamentares da profissão (*Curso de direito civil brasileiro*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 7. p. 271).

Por oportuno, a insigne doutrinadora resume os deveres do médico em três objetivos principais: dar conselhos ao seu cliente, cuidar do enfermo com zelo e diligência, utilizando todos os recursos da medicina, e abster-se do abuso ou do desvio de poder (ob. cit., p. 271).

A obrigação no ressarcimento do dano à vítima só será devida se demonstrada a culpa ou outro elemento caracterizador da responsabilidade civil, quais sejam: a conduta ilícita, sendo esta comissiva ou omissiva; o dano, ou seja, a ocorrência de dano moral e/ou patrimonial; e, por último, o nexo de causalidade, a fim de estabelecer uma ligação entre o dano causado e a conduta culposa.

Salienta-se que a conduta profissional, com base em erro médico, somente será suscetível de gerar o dever de indenizar quando, tanto no diagnóstico como no tratamento clínico ou cirúrgico, ficar evidente a culpa do profissional em seu desempenho.

No caso dos autos, analisando as provas documentais trazidas a lume, não há considerar, com absoluta certeza, a configuração da culpa dos médicos e o conseqüente dever de indenizar.

Na primeira oportunidade, procedeu o requerido, João Geraldo, ao atendimento do menor, por volta das 6h do dia 6-3-2001, realizando uma observação de rotina, requerendo exames laboratoriais e receitando um antifebril.

Quase 24 horas depois, às 3h da madrugada do dia 7, os pais retornaram ao nosocômio e foram atendidos pelo médico Antônio Carlos, o qual aplicou uma injeção na criança e esperou pelo resultado dos exames solicitados.

Não obstante, observa-se que algumas horas depois o estado de saúde do menor se agravou, levando-o à morte.

Na verdade, não há vislumbrar nos autos nenhuma conduta ilegal praticada pelos médicos no atendimento ao menor, pois tentaram solucionar o quadro clínico da forma como ele se apresentava no momento; e só não intervieram de modo mais crucial ante a ausência dos exames de laboratório que pudessem diagnosticar, com precisão, a doença desencadeada no infante.

Verifica-se, pelo laudo de fl. 33, que o óbito ocorreu por meningoencefalite, e é incontroverso que a doença que acometeu a criança teve uma evolução rápida.

A constatação da enfermidade, portanto, ficou prejudicada em razão seu acelerado processo de desenvolvimento.

Asseverou o médico Léo Ricardo Honnicke, especialista em Neurologia Pediátrica, que "[...] a minegite (*sic*) é uma doença de difícil diagnóstico e de progressão rápida, especialmente em crianças pequenas" (fl. 290). E, ao final do depoimento, completou que "[...] pelos prontuários de folhas

47/48, não verifica elementos suficientes, para concluir que houvesse possibilidade de diagnosticar houvesse minigite (*sic*)" (fl. 291).

Tais informações foram corroboradas ainda pelos testemunhos dos médicos Jânio César Viana Boeira e Conceição de M. Q. Fernandes de Almeida.

Efetivamente, não se apresentam indícios de mau atendimento, uma vez que os cuidados inerentes ao caso foram tomados. Da mesma forma, nem sequer o erro médico pode ser aventado, já que a doença que acometia o filho dos autores era de difícil diagnóstico e, por infelicidade, teve uma evolução muito rápida.

Enfim, tais fatos impossibilitam a responsabilização dos médicos, porquanto ausente o nexu etiológico entre as suas condutas e a morte do menor.

Em outra oportunidade, postulam os apelantes a majoração da verba honorária.

Prescreve o § 4º do art. 20 do Código de Processo Civil:

Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas *a*, *b* e *c* do parágrafo anterior.

Estabelece o § 3º do mesmo artigo:

Os honorários serão fixados entre o mínimo de 10% (dez por cento) e o máximo de 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação, atendidos:

- a) o grau de zelo do profissional;
- b) o lugar de prestação de serviço;
- c) a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

A valoração dos honorários sucumbenciais será proporcional ao trabalho realizado pelo advogado, conforme os parâmetros legais acima expostos.

Ensinam Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery em nota (18) ao art. 20 do CPC:

*Crerios para fixação dos honorários.* São objetivos e devem ser sopesados pelo juiz na ocasião da fixação dos honorários. A dedicação do advogado, a competência com que conduziu os interesses de seu cliente, o fato de defender seu constituinte em comarca onde não reside, os níveis de honorários na comarca onde se processa a ação, a complexidade da causa, o tempo despendido pelo causídico desde o início até o término da ação, são circunstâncias que devem ser necessariamente levadas em conta pelo juiz quando da fixação dos honorários de advogado (*Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003).

Observadas as disposições explicitadas, tem-se que a verba estipulada ao hospital, no patamar de 10% sobre o valor da condenação, mostra-se adequada para gratificar de forma condigna o advogado da parte vencedora na medida em que remunera o trabalho realizado, considerando o grau de zelo do patrono dos apelantes, o lugar da prestação do serviço, a natureza, a importância da causa, bem como o tempo exigido para a prestação do serviço (alíneas *a*, *b*, e *c* do § 3º do art. 20 do CPC).

Por fim, argumenta-se que o recurso adesivo, quanto às temáticas da majoração da indenização pelo abalo moral e do pagamento da pensão mensal, bem como da responsabilização da requerida Ani Mari Amorim, resultaram prejudicadas por ocasião da análise efetuada no apelo movido pelo nosocômio.

Diante do exposto, é medida de rigor dar parcial provimento ao apelo do Hospital Santa Inês S.A. para determinar que o início da pensão mensal alimentícia, de 2/3 do salário mínimo, ocorra na data em que a vítima completaria 14 anos de idade, limitando-a até o dia em que com-

pletaria 25 anos; mantidos todos os demais fundamentos e conseqüentes condenações impostas na sentença combatida.

Nega-se provimento ao recurso adesivo interposto por João Adriano Pes e Malvina Lopes, e mantem-se mantendo-se inalterados os ônus sucumbenciais fixados na sentença de primeiro grau, porquanto inalterados pela reforma ora procedida.

### DECISÃO

Nos termos do voto do Relator, dá-se parcial provimento ao apelo e nega-se provimento ao recurso adesivo.

Participaram do julgamento, realizado no dia 27 de novembro de 2007, os Exmos. Srs. Des. Marcus Tulio Sartorato e Salete Silva Sommariva.

Florianópolis, 4 de dezembro de 2007.

Fernando Carioni  
PRESIDENTE E RELATOR



**Apelação Cível n. 2007.053567-6, da Capital/Fórum Distrital do Estreito**

Relator: Des. Fernando Carioni

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE RESGATE DE CONTRIBUIÇÕES CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL – PREVIDÊNCIA PRIVADA (FUMPRESC) – PLANO DE BENEFÍCIOS DE CARÁTER PREVIDENCIÁRIO – INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – DESLIGAMENTO DO PLANO – PERMANÊNCIA DO PARTICIPANTE NOS QUADROS DA EMPRESA – RESGATE TOTAL DAS CONTRIBUIÇÕES – VEDAÇÃO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Pacífico é o entendimento de ser aplicável o Código de Defesa do Consumidor à relação jurídica entre a entidade de previdência privada e seus participantes, de acordo com a dicção da Súmula 321 do STJ.

Conforme a Súmula 290 do Superior Tribunal de Justiça, a restituição da contribuição dos planos de previdência privada somente alcançará a parte despendida pelo contribuinte, não incluídos os valores pagos pelo patrocinador.

O participante do fundo de previdência privada que pede seu desligamento e continua nos quadros da patrocinadora terá direito ao resgate do valor por ele contribuído, ressalvada a parte da patrocinadora, tão-somente na época da sua aposentadoria, rescisão contratual da empresa ou em caso de encerramento do plano, uma vez que o descumprimento desses requisitos acarretará descapitalização e possível dissolução do fundo previdenciário em total risco aos beneficiários mantenedores.

O interesse da coletividade não pode ser sobrepujado pelo interesse individual.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2007.053567-6, da comarca da Capital/Fórum Distrital do Estreito (2ª Vara Cível), em que é apelante Fundo Multipatrocinado de Previdência Complementar Santa Catarina — Fumpresc, e apelado Wagner Alves Ribeiro:

ACORDAM, em Terceira Câmara de Direito Civil, por votação unânime, prover parcialmente o recurso. Custas legais.

### RELATÓRIO

Trata-se de Ação Ordinária de Resgate das Contribuições *c/c* Indenização por Dano Moral, autuada sob o n. 082.07.001190-9, proposta por Wagner Alves Ribeiro contra Comcaprev, alegando, em suma, que é funcionário da Comcap e associado ao Plano de Benefícios Comcap I – Comcaprev – e desconta mensalmente o valor da contribuição, que visa à complementação futura de sua aposentadoria.

Salientou que não tem mais interesse na mencionada complementação e devem ser restituídos os valores destinados à Comcaprev, por meio do resgate de parcelas pagas.

Pugnou pela concessão da justiça gratuita e aplicação do Código do Consumidor.

Ao final, requereu a procedência da ação, bem como a condenação da ré à restituição de todos os valores depositados ou descontados de sua folha de pagamento, acrescidos de juros e correção monetária sem desconto do imposto de renda; que não fosse mais efetuada a cobrança dos valores da previdência privada de seu salário; e, ainda, a condenação em danos morais por ter sido negada a devolução dos valores pagos.

Juntou documentos (fls. 19-20).

Justiça gratuita deferida (fl. 38).

Devidamente citada, a ré ofertou resposta na forma de contestação, na qual alegou, em preliminar, a alteração do pólo passivo para que conste como parte o Fundo de Pensão Multipatrocinado Santa Catarina – Fumpresc e a incompetência absoluta.

No mérito, sustentou que é mera gestora dos planos de benefícios e do patrimônio dos participantes, portanto, inviável é a aplicação do Código Consumerista; que o autor aderiu ao plano ,voluntariamente, e que somente solicitou o cancelamento em fevereiro do ano corrente; que é incontroverso que o autor pleiteou o cancelamento de sua inscrição como participante do referido fundo; que não pode haver resgate de contribuições sem que haja rescisão de vínculo empregatício; e que a simples propositura da ação não enseja dano moral.

Ao final, pugnou pelo acolhimento das preliminares argüidas, ou, alternativamente, pela improcedência dos pedidos, uma vez que o autor não rescindiu seu vínculo empregatício com a Comcap, empresa patrocinadora do plano de benefícios.

Juntou documentos (fls. 50-77).

Decisão interlocutória que determinou a redistribuição do feito a uma das varas cíveis (fl. 95).

Sentenciando o feito, o Magistrado *a quo* julgou procedente

o pedido de restituição da integralidade das contribuições que fez durante toda a contratualidade com o plano de benefícios Comcaprev I em face de ter desistido do mesmo, devendo, Fumpresc – Fundo Multipatrocinado de Previdência Complementar de Santa Catarina – proceder à restituição, de uma só vez, com atualização monetária a contar do pagamento de cada parcela e juros de mora a partir da citação, descontado o imposto de renda retido na fonte,

e, ainda, condenar nas custas processuais e nos honorários advocatícios, estes fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.

Interpostos embargos de declaração a fim de que fosse sanada a omissão, esses foram julgados improcedentes (fls.125-126).

Irresignada com o *decisum*, a ré interpôs recurso de apelação alegando, em suma, a negativa de prestação jurisdicional por não ter sido analisada questão veiculada pela qual deveria manifestar-se o Juiz singular; a inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor; e o procedimento legal para o resgate das contribuições pessoais.

Ao final, pugnou pela validade do procedimento adotado, por força do disposto no inciso III do artigo 14 da Lei Complementar n. 109/01, no artigo 22 da Resolução CGPC n. 6, de 30-3-2003, e no item 4.25 do Regulamento do Plano de Benefícios Comcap I – Comcaprev, bem como pela improcedência dos pedidos formulados por ausência de amparo legal.

Contra-razões ao recurso (fls. 147-155).

Após, os autos ascenderam a esta Corte de Justiça.

## VOTO

O conteúdo da postulação há de ser apreciado, porquanto presentes os pressupostos de admissibilidade recursal.

Trata-se de apelação cível interposta com o objetivo de ver reformada a sentença que acolheu o pedido do autor para condenar a empresa apelada a lhe restituir, integralmente, as contribuições que fez durante toda a contratualidade com o plano de benefícios Comcaprev I, e deve a Fumpresc proceder à restituição, de uma só vez, com atualização monetária a contar do pagamento de cada parcela e juros de mora a partir da citação, descontado o imposto de renda retido na fonte.

Da análise dos autos, infere-se que o fundo de pensão, ora apelante, instituído pela Comcaprev

é o Fundo Multipatrocinado de Previdência Complementar Santa Catarina, doravante denominado Fumpresc, anteriormente denominado Fundo de Pensão Multipatrocinado Besc (Fumbesc), é uma entidade fechada de previdência complementar, constituída sob a forma de sociedade civil, sem fins lucrativos, dotada de patrimônio próprio, com autonomia administrativa e financeira, [...], tendo por objetivo a instituição, administração e execução de planos de benefícios de caráter previdenciário, dentro do regime de previdência privada, organizado de forma autônoma em relação ao regime geral da previdência social, nos termos da Lei Complementar n. 108, de 29 de maio de 2001, e demais disposições aplicáveis (fl. 50).

Com efeito, as contribuições efetuadas mensalmente pelos participantes do Fumpresc formam a reserva de poupança, que poderá ser restituída ao participante se esse romper o vínculo empregatício com a patrocinadora antes de se aposentar.

*Ab initio*, sustenta a apelante que a sentença monocrática, ao omitir sobre o exame da questão a qual deveria se pronunciar, violou o disposto no inciso II do artigo 535 do Código de Processo Civil e deixou patente a negativa de prestação jurisdicional, no que merece, por isso, ser declarada nula com o retorno dos autos para que outra seja proferida.

O Legislador dispôs no art. 131 do CPC o livre convencimento motivado do magistrado, o qual o possibilita de valer-se das provas de forma incondicional, desvinculando-as do pedido, mas sempre em busca da justiça no caso concreto.

Em consonância, ensina o eminente Ministro José Delgado que não está obrigado o Magistrado a julgar a questão posta a seu exame de acordo com o pleiteado pelas partes, mas, sim, com o seu livre convencimento (art. 131 do CPC), utilizando-se dos fatos, provas, jurisprudência, aspectos pertinentes ao tema e da legislação que entender aplicável ao caso concreto” (EDcl no REsp. n. 440.888/DF, j. em 17-9-02).

Apregoa o dispositivo de lei em comento:

O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formarem o convencimento.

Segundo Nelson Nery Junior, em nota (2) do art. 131 do CPC, “o juiz é soberano na análise das provas produzidas nos autos. Deve decidir de acordo com o seu convencimento” (*Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 7. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 532).

Luiz Fux ensina:

O sistema hodierno adotado pelo Código de Processo Civil Brasileiro é o do convencimento racional ou persuasão racional.

O convencimento racional caracteriza-se pela liberdade conferida ao juiz na valoração dos elementos de convicção e, ao mesmo tempo, pela adstrição da formação desse convencimento à luz das provas produzidas nos autos.

No sistema da valoração racional, não há prova tarifada senão “convencimento motivado”, sustentado em qualquer meio de convicção trazido aos autos pelas partes ou pelo juiz. Conseqüência desse sistema é a possibilidade de ampla investigação pelo juiz, podendo carrear para o processo todos os meios de prova ainda que não requeridos pelas partes. O art. 130 do CPC dispõe que “Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte determinar as provas necessárias”. Complementa o sistema o disposto no art. 131 do mesmo diploma permitindo ao magistrado “apreciar a prova livremente, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes, mas devendo indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento”.

[...] A liberdade conferida ao magistrado no campo delimitado pela prova e a necessária motivação do julgado caracterizam o sistema da persuasão racional como um conjunto de regras garantidoras da parte contra os arbítrios da magistratura, mercê de se lhe exigir um maior preparo intelectual do que aquele previsto para a prova legal, cujo tarifamento predispõe o julgador ou o convencimento íntimo,

despido de qualquer necessidade de motivação (*Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 704-705).

Corroborar a precedente jurisprudencial trazido por Theotonio Negrão na nota (1) ao art. 131 do CPC:

A livre apreciação da prova, desde que a decisão seja fundamentada, considerada a lei e os elementos existentes nos autos, é um dos cânones do nosso sistema processual (STJ-4ª Turma, resp. n. 7.870 SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, j. em 3-12-91, deram provimento parcial, v.u., DJU em 3-2-92, p. 469) (*Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. p. 246, ).

Ora, é inviável, pelos fundamentos expostos e pelas demais provas trazidas aos autos, acolher a pretensão deduzida pela apelante, uma vez que, em verdade, a temática insurgida foi devidamente analisada na sentença *a quo*, senão a contento, mas seguindo posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais expostos pelo Magistado de primeiro grau. Não há falar, assim, em nulidade da sentença, porquanto a pretensão do apelante demonstra-se sofista com o fim de adequar a decisão em seu benefício.

Frisa-se, não deve ser esquecido que o magistrado não se encontra adstrito aos fundamentos das partes (*jura novit curia*), tampouco está obrigado a rebater um a um os pontos levantados por elas, quando já tenha encontrado motivo suficiente para fundar a decisão.

Portanto, sem razão a apelante quando pleiteia a cassação da sentença por violação ao art. 535, II, do CPC.

No mérito, alega a apelante a inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor pelo fato de as entidades de previdência complementar serem reguladas por Lei Complementar e não estarem sujeitas ao âmbito de atuação da Lei Ordinária n. 8.078/90, hierarquicamente inferior. Sustentou que a aplicação do CDC contrariou o disposto no *caput* do art. 202 da Constituição Federal.

A defesa do consumidor pelo Estado encontra-se inscrita na Constituição Federal, mais precisamente no art. 5º, XXXII, como um dos direitos fundamentais, consagrado, ainda, na mesma Carta o princípio geral da atividade econômica (art. 170, V), o qual tem a finalidade precípua de assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social. Emprestando efetividade a esses propósitos, veio a lume o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90).

*In casu*, pugna o apelado pela rescisão do plano de benefício que celebrou com o apelante, bem como a restituição dos valores por ele depositados ao plano de benefícios.

O Fundo Multipatrocinado de Previdência Complementar Santa Catarina – Fumpresc presta serviços de planos de benefícios de caráter previdenciário dentro do regime de previdência privada aos seus participantes, que se utilizam desses serviços como destinatários finais, e é imposta a eles a adesão ao sistema previdenciário.

Conclui-se, assim, que a atividade desenvolvida pela Fumpresc está enquadrada na expressão "fornecedor", tal como descrita no *caput* do art. 3º do Código Consumerista, e o recorrido consumidor, na condição de destinatário final, que se utiliza da entidade para constituir seu saldo de conta a fim de complementar sua aposentadoria.

Salienta-se que a contratação dos serviços de previdência privada deu-se por adesão, já que aos funcionários da Comcap é dada a participação e o custeio do sistema de previdência privada da Fumpresc, e não é propiciado aos participantes discussão sobre as cláusulas e condições contratuais.

Assim sendo, por ser o Código de Defesa do Consumidor norma cogente, esse merece aplicação imediata ao caso em exame.

Tal entendimento ficou consolidado por meio da edição da Súmula 321 do Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:



O Código de Defesa do Consumidor é aplicável à relação jurídica entre a entidade de previdência privada e seus participantes.

É da jurisprudência:

As regras do Código de Defesa do Consumidor são aplicáveis à relação jurídica existente entre as entidades de previdência privada e os seus participantes (STJ – REsp. n. 567.938, de Rondônia, rel. Min. Castro Filho, j. em 17-6-2004, DJ 17-6-2004, p. 192).

Frisa-se que cabe a aplicação das normas contidas no Código de Defesa do Consumidor, ainda que o pacto tenha sido firmado antes da sua entrada em vigor.

Sobre o tema, extrai-se da ensinança de José Geraldo Brito Filomeno:

A grande questão que se colocou, tão logo entrou em vigor o Código de Defesa do Consumidor, foi a de saber-se se a nova sistemática das chamadas “cláusulas abusivas” atingiria ou não os atos jurídicos praticados anteriormente.

E a orientação do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que, em se tratando de normas de Direito Econômico, sua incidência é imediata, alcançando, sim, os contratos em curso, notadamente os chamados “de trato sucessivo” ou de “execução continuada”, em decorrência exatamente do caráter de normas de ordem pública (*Código brasileiro do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto/GRINOVER, Ada Pellegrini, et al. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 2001. p. 25*).

Assim, é inconteste a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor à relação existente entre as partes litigantes, ponto irreprochável na sentença de que ora se apela.

Feito isso, passa-se a analisar se a cláusula tida como lesiva ao participante, e que gerou a incidência do art. 51 do Codecon, merece ser mantida.

Estabelece a seção IV do Regulamento do Plano de Benefícios Comcap I — Comcaprev, aprovado pela SPC/MPS, em 23-11-2005, ao dispor sobre o instituto do resgate, o seguinte:

4.25 O Participante que deixar de ser empregado da Patrocinadora e se desligar do Comcaprev, desde que não tenha preenchido os requisitos necessários à percepção de Benefícios previsto no Comcaprev, terá direito, mediante requerimento específico, optar pelo Instituto do Resgate, e assim receber o valor das contribuições pessoais e jóia recolhidas ao FUMPRESC, exceto as parcelas das contribuições destinadas ao custeio administrativo, com a atualização prevista no item 4.26.

[...]

4.25.2 Na hipótese do desligamento da Patrocinadora e do Comcaprev não ser simultâneo, o direito mencionado no item 9.1 somente se efetivará na data em que ocorrer o último desligamento.

O artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor declara nulas de pleno direito as cláusulas que “estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade”.

Analisando a cláusula diante do artigo consumerista em comento, não se vislumbra nenhuma violação ou desvantagem ao consumidor a ponto de colocá-lo em desigualdade na relação, posto que, em momento algum, há vedação de resgate do valor contribuído pelo participante, o que levaria a um enriquecimento ilícito do Fumpresc. Ao reverso, a cláusula em comento prevê a restituição dos valores recolhidos pelo contribuinte, salvo os feitos pela patrocinadora, a partir do momento em que o contribuinte se desligar da empresa.

De ser dito que tal restrição não poderia ser diversa, já que o acentuado resgate do Fundo, do que foi contribuído pelos participantes ao plano de previdência, por certo colocaria em risco os demais contribuintes, com insegurança de descapitalização e quebra do Instituto, uma vez que se trata

de entidade civil sem fins lucrativos e dotada de patrimônio próprio com autonomia administrativa e financeira.

Assim, merece reparo a sentença no ponto em que reconheceu ser a cláusula nula por colocar em desvantagem o consumidor, ora apelado, uma vez que o desequilíbrio reconhecido pelo Magistrado ao participante acarretará uma infinidade de prejuízos não a ele, e sim aos demais participantes do fundo previdenciário, ante a possibilidade de quebra da Instituição. Sendo assim, melhor analisar a repercussão que a medida judicial gerará aos direitos coletivos dos demais participantes diante do interesse de apenas um deles.

Passa-se a analisar o pedido de reforma do *decisum* ao argumento de que o resgate das contribuições só poderá ocorrer com a rescisão do vínculo empregatício com a empresa patrocinadora, *in casu*, a Companhia Melhoramentos da Capital – Comcap.

Dispõe a LC n. 109/01 em seu art. 14 que:

Os planos de benefícios deverão prever os seguintes institutos, observadas as normas estabelecidas pelo órgão regulador e fiscalizador: [...] III — resgate da totalidade das contribuições vertidas ao plano pelo participante, descontadas as parcelas do custeio administrativo, na forma regulamentada.

Como se verifica, há previsão de devolução dos valores vertidos pelo participante ao Fundo previdenciário, o que relega sua regulamentação aos órgãos reguladores e fiscalizadores.

O Conselho de Gestão da Previdência Complementar, órgão regulador e fiscalizador, na Resolução CGPC n. 6, de 30-10-2003, no seu artigo 22, dispôs que, "No caso de plano de benefícios instituído por patrocinador, o regulamento deverá condicionar o pagamento do resgate à cessação do vínculo empregatício".

Por sua vez, o regulamento da Comcaprev, aprovado pela SPC/MPS em 23-11-2005, em consonância com o determinado pelo órgão regulador e fiscalizador, dispôs no item 4.25 e 4.25.2 que o participante que deixar de ser empregado da patrocinadora e se desligar da Comcaprev receberá o valor das contribuições pessoais e a jóia recolhidas ao Fumpresc, exceto as parcelas das contribuições destinadas ao custeio administrativo, devidamente atualizadas.

*In casu*, verifica-se que o apelado é funcionário efetivo da Companhia de Melhoramentos da Capital – Comcap e encontra-se atualmente no quadro de funcionários da Patrocinadora. Embora tenha solicitado o seu desligamento apenas do Fundo Previdenciário, em tese a restituição estaria atrelada somente ao que efetivamente contribuiu, pois incabível a devolução das contribuições vertidas pela Patrocinadora ao associado, porquanto impossível restituir o que não foi por ele desembolsado. Se não, vejamos:

“Nos planos de previdência privada, não cabe ao beneficiário a devolução da contribuição efetuada pelo patrocinador” (Súmula 290 do STJ).

A propósito, o entendimento jurisprudencial:

PREVIDÊNCIA PRIVADA. DESLIGAMENTO DO PARTICIPANTE DO PLANO. RESGATE DAS CONTRIBUIÇÕES. EXCLUSÃO DAS PARCELAS VERTIDAS PELA EMPREGADORA. CORREÇÃO MONETÁRIA. "Nos planos de previdência privada, não cabe ao beneficiário a devolução da contribuição efetuada pelo patrocinador " (Súmula n. 290 — STJ). — Dissídio pretoriano insuscetível de configurar-se no tocante à impugnação dos índices da correção monetária. Recurso Especial não conhecido (STJ, REsp. n. 620.460/DF, Quarta Turma, rel. Min. Raphael de Barros Monteiro Filho, j. em 17-11-2005, DJU de 20-3-2006, p. 282).

E, mais:

APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO DE COBRANÇA – PREVIDÊNCIA PRIVADA (SISTEL) – FUNDO DE “RESERVA DE POUPANÇA” – EXPURGOS INFLACIONÁRIOS DOS PLANOS ECONÔMICOS BRESSER, VERÃO, COLLOR I E II – RESTITUIÇÃO DA COTA PATRONAL – IMPOSSIBILIDADE – PRESCRIÇÃO – DECÊNIO – ARTIGO 205 DO CÓDIGO CIVIL – PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS – CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – CONTRIBUIÇÃO DE PREVIDÊNCIA PRIVADA – EMPREGO DE ÍNDICE QUE RECOMPONHA A REAL DESVALORIZAÇÃO DA MOEDA – JUROS DE MORA – CONSEQÜÊNCIA DA CONDENAÇÃO – EXEGESE DO ART. 293 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – CORREÇÃO MONETÁRIA – TERMO *A QUO* – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA – APLICAÇÃO DO ART. 21 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – *QUANTUM ADEQUADO* – SENTENÇA MANTIDA – RECURSOS DESPROVIDOS.

A restituição da contribuição dos planos de previdência privada somente alcançará a parte despendida pelo contribuinte, não incluídos os valores pagos pelo patrocinador (TJSC, Ap. Cív. n. 2006.002403-9, de Lages, de minha relatoria, j. em 23-8-2006).

No que diz respeito à devolução da contribuição feita mensalmente pelo apelado, excluída a parte patronal, essa poderá ser feita, e de forma atualizada monetariamente, desde que se enquadre o contribuinte em uma dessas situações: 1) à época da aposentadoria; 2) à época da rescisão contratual com a empresa; 3) à época do caso de encerramento do plano. Assim, não preenchidos um desses requisitos, é preferível vedar a devolução do capital a fim de se evitar uma descapitalização e dissolução do Fundo Previdenciário, o que colocaria em risco os beneficiários mantenedores que dela se utilizam como meio de complementação previdenciária para a sua aposentadoria futura, pois é preferível sobrepujar o interesse individual em detrimento da coletividade.

Destarte, não se enquadrando o apelado, por ora, em nenhum dos requisitos enumerados acima, deve ser vedada a devolução do numerário conforme procedida na sentença que ora se reforma.

Ante o exposto, dá-se provimento parcial ao recurso para o fim de reformar a decisão objurgada e vedar que o autor, por ora, e por não ter preenchido um dos três requisitos acima citados, tenha direito a ser restituído dos valores recolhidos ao Fundo Previdenciário. Invertam-se os ônus sucumbenciais.

### DECISÃO

Nos termos do voto do Relator, dá-se provimento parcial ao recurso para o fim de reformar a decisão objurgada e vedar que o autor, por ora, e por não ter preenchido um dos três requisitos acima citados, tenha direito a ser restituído dos valores recolhidos ao Fundo Previdenciário. Invertam-se os ônus sucumbenciais.

Participaram do julgamento, realizado no dia 20 de novembro de 2007, os Exmos. Srs. Des. Marcus Túlio Sartorato e Des. Subst. Henry Petry Junior.

Florianópolis, 30 de novembro de 2007.

Fernando Carioni  
PRESIDENTE E RELATOR

## QUARTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

### AGRAVOS DE INSTRUMENTO

#### **Agravo de Instrumento n. 2004.028002-6, de São João Batista**

Relator: Des. Trindade dos Santos

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CAUTELAR INOMINADA. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. BEM IMÓVEL DO INVESTIGADO JÁ FALECIDO. HERDEIRA APARENTE. VENDA DESSE A TERCEIRA DE BOA-FÉ. ÓBICE À TRANSFERÊNCIA DA TERCEIRA ADQUIRENTE A OUTRO COMPRADOR. INVIABILIDADE. DECISÃO INSUSTENTÁVEL. RECLAMO PROVIDO.

À vista do que dispõe expressamente o art. 1.827 do CC/02, as alienações feitas por herdeiro aparente, a título oneroso, a terceiros de boa-fé, são juridicamente eficazes. Assim, detendo a primeira transferente da propriedade de bem imóvel a condição de herdeira aparente de filho falecido em estado de solteiro, posterior ação de investigação de paternidade promovida contra o *de cuius* não tem o condão de tornar litigiosa a venda por ela feita a terceira de boa-fé e, muito menos, impedir a venda do imóvel, por essa, a outrem. Em tal contexto, caso exitosa a ação de investigação de paternidade intentada contra o *de cuius*, com o reconhecimento, pois, da condição de herdeiro exclusivo do investigante, a relação obrigacional há que ser resolvida entre esse e a herdeira aparente, a quem incumbirá ressarcir ao verdadeiro herdeiro o valor obtido com a venda do bem.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2004.028002-6, da comarca de São João Batista (Vara Cível, Criminal e Anexos) em que é agravante M. T. M., e agravado C. E. B., representado por sua mãe, D. M. B.:

ACORDAM, em Quarta Câmara de Direito Civil, por votação unânime, dar provimento ao recurso. Custas legais.

### RELATÓRIO

M. T. M ingressou com recurso de agravo de instrumento no qual objetivam alcançar o efeito suspensivo e a posterior reforma da decisão que, na medida cautelar inominada proposta por C. E. B., representado por sua mãe, D. M. B., determinou que o Cartório de Registro de Imóveis da comarca se abstivesse de efetuar a transferência do imóvel descrito na matrícula n. 7.260, bem esse que poderá vir a pertencer ao menor recorrido, em razão do vínculo de paternidade a ser comprovado em ação investigatória em curso no mesmo Juízo.

Em suas razões, apontou a insurgente ter a liminar atacada se sustentado em argumentação fática trazida aos autos pela parte autora, argumentação essa que se distancia da realidade, e salienta que, ademais, tal liminar foi exarada sem a sua ouvida, com violação, assim, ao princípio assegurado do exercício do contraditório.

Apontou estar a decisão invectivada calcada em meros indícios, ainda que não se negue que, efetivamente, houve a negociação do bem com terceiro de boa-fé, e trouxe, para tanto, a respectiva escritura de compra e venda, com a realização, após a sua lavratura, da tradição do imóvel.

De outro lado, argumentou que a ação impunha-se endereçada contra a representante legal do espólio do investigado V. M., suposto pai do menor agravado e não contra ela, terceira de boa-fé e legítima proprietária do imóvel questionado.



O pedido de efeito suspensivo foi negado, conforme decisão de fl. 21.

A parte agravada ofertou contra-razões.

Em seu parecer, a douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pelo desprovimento do recurso (fls. 42-44).

## VOTO

Direciona-se o ataque recursal deduzido pela agravante à decisão que, no âmbito da cautelar inominada proposta pelo menor recorrido, que afirma ser o único herdeiro de um imóvel deixado por seu suposto pai e contra o qual ingressou ele com ação de investigação de paternidade, essa em tramitação, obstou qualquer transferência do imóvel matriculado sob n. 7.260, no Registro Imobiliário de São João Batista.

A decisão objurgada, visualizando a presença dos requisitos atinentes à medida pleiteada, foi deferida liminarmente, determinação essa com o qual, *data vênia*, não comungamos!

Evidenciam os autos ser objetivo do menor agravado impedir, por via da cautelar deduzida, o registro imobiliário da escritura de compra e venda do imóvel que havia a agravante adquirido da genitora de V. M., suposta avó do recorrido, bem esse por ela recebido por meio do Inventário n. 2.027/94.

Acentue-se que, inegavelmente, proposta a ação de investigação de paternidade pelo menor contra o *de cuius*, há a possibilidade de que seja reconhecida, no plano judicial, ser ele efetivamente filho do primitivo proprietário do bem.

Todavia, ressumbra das informações constantes do instrumento deste agravo ter o óbito do investigado ocorrido em 17-9-94, com o trânsito em julgado da sentença homologatória do inventário de seus bens operado em 21-11-94, e o imóvel adjudicado à sua progenitora, de forma legítima, em

14-10-96; enquanto isso, o ingresso da ação de investigação de paternidade c/c petição de herança promovida pelo menor agravado data de 20-9-04, quando já decorridos quase 10 anos do encerramento do aludido inventário e mais de 8 anos da venda do bem à agravante.

Salta aos olhos, até prova em contrário, que a alienação do bem efetuada pela suposta avó paterna do agravado à recorrente deu-se sob os auspícios da boa-fé, e constitui-se essa alienação em legítimo ato de “herdeiro aparente”, transação essa que teve a chancelá-la, pois, o signo da eficácia, conforme emana do parágrafo único do art. 1.827 do Código Civil, de acordo com o qual:

“São eficazes as alienações feitas, a título oneroso, pelo herdeiro aparente a terceiro de boa-fé”.

Em seus comentários ao transcrito dispositivo, ressalta Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka:

Com efeito, ao determinar que são eficazes as alienações feitas a título oneroso a terceiro, agente de boa-fé, garante o legislador segurança jurídica às relações, evitando a verificação de prejuízos de quaisquer espécies, impedindo que o terceiro de boa-fé seja atingido pelo estado de aparência até então existente. Dessa forma, fica isento de aborrecimentos, recaindo sobre o herdeiro aparente, possuidor originário do bem, o dever de ressarcir o valor auferido com a alienação do bem ao verdadeiro herdeiro (*Comentários ao Código Civil*. v. 20. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 201-202).

Mais adiante, em comentário ao art. 1.828 do mesmo diploma legal, explicita a citada doutrinadora:

A exigência da onerosidade deriva, por certo, da intenção do legislador no sentido de não impingir ao herdeiro aparente prejuízo maior do que o experimentado. É que, como adiante se verá, o herdeiro aparente fica responsabilizado, perante o herdeiro que o substitui, pelo valor dos bens que este houver alienado, basta que entregue o produto da alienação ao verdadeiro herdeiro, uma vez

que o terceiro que tiver adquirido o bem não poderá suportar o prejuízo (p. 212).

Destarte, tem-se que, na hipótese de ser reconhecida a paternidade do menor agravado, nos moldes por ele pretendidos, a possibilidade de anulação da alienação em comento apenas estaria viabilizada caso comprovada a má-fé da herdeira aparente, má-fé essa que, no contexto destes autos e nos termos já delineados, poderia desde logo ser afastada, o que exclui, de pronto, o pressuposto do *fumus boni iuris*.

E, como enfatizou esta Corte:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CAUTELAR INOMINADA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS: *FUMUS BONI IURIS* E *PERICULUM IN MORA*. INDEFERIMENTO DA MEDIDA LIMINAR. EXEGESE DO ART. 798 DO CPC.

Para que o requerente obtenha liminarmente a tutela cautelar, é necessário que comprove de plano dois requisitos essenciais: a plausibilidade do direito substancial por ele invocado (*fumus boni iuris*) e o fundado temor, objetivamente apurável, de que haverá lesão grave ou de difícil reparação desse direito (*periculum in mora*), enquanto aguarda a tutela definitiva do processo principal. Não coexistindo os requisitos legais, impõe-se o indeferimento da medida liminar, mormente se a matéria sob discussão exige a produção de provas impossíveis com a fase póstica do pleito cautelar (AI n. 2002.025576-4, de São João Batista, rel. Des. Luiz Carlos Freyesleben).

Ausente, pois, o requisito do *fumus boni iuris*, desnecessária se torna a verificação à integração do pressuposto do *periculum in mora*, impondo-se, assim, a reforma da decisão atacada, com o decorrente indeferimento da liminar postulada na medida cautelar inominada em debate.

## DECISÃO

Empresta-se, portanto, provimento ao reclamo deduzido.

Participaram do julgamento, realizado no dia 22 de novembro de 2007, os Exmos. Srs. Des. Nelson Schaefer Martins e Monteiro Rocha. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Jobél Braga de Araújo.

Florianópolis, 10 de dezembro de 2007.

Trindade dos Santos  
PRESIDENTE E RELATOR

**Agravo de Instrumento n. 2007.024076-0, da Capital**

Relator: Des. Trindade dos Santos

AGRAVO DE INSTRUMENTO. UNIÃO ESTÁVEL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO. TUTELA ANTECIPATÓRIA. IMÓVEL RESIDENCIAL. DIREITO REAL DE HABITAÇÃO. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. INDEFERIMENTO. DECISÃO CORRETA. CONFIRMAÇÃO.

Inexistentes, nos autos de ação de reconhecimento de união estável, provas pré-constituídas a respeito dessa união, bem como elementos suficientes a afirmar a verossimilitude das alegações da autora, escorreita é a decisão que nega a concessão da tutela antecipada, pela qual a companheira do *de cujus*, em contraposição aos direitos de seus herdeiros, quis fazer valer o direito real da habitação a que, em tese, poderia fazer jus.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2007.024076-0, da comarca da Capital (1ª Vara da Família), em que é agravante E. da S., e agravados S. R. B. C., L. A. D. e M. J. C.:

ACORDAM, em Quarta Câmara de Direito Civil, por votação unânime, negar provimento ao recurso. Custas legais.

**RELATÓRIO**

E. da S. ingressou com agravo de instrumento para combater a decisão que, na ação de reconhecimento de união estável e de direito real de habitação em moradia, por si proposta contra S. R. B. C., L. A. D. e M. J. C., indeferiu a antecipação da tutela requerida, pela qual objetivava ser reintegrada no imóvel situado no bairro Saco dos Limões, nesta cidade.

Salientou a agravante ter convivido maritalmente com A. C., pai dos agravados, por aproximadamente quatro anos — mais precisamente

de abril de 2003 a janeiro de 2007 —, quando veio este a falecer, e, após dois dias de tal óbito, foi ela expulsa da residência em que moravam, o que a obrigou a ir morar em uma casa alugada no município de Palhoça.

Enfatizou contar, em seu favor, com o direito real de habitação do referido imóvel, por força do disposto no art. 7º da Lei n. 9.278/96, já que não possui condições financeiras de arcar com o seu próprio sustento e enfrenta enormes dificuldades para se manter, tudo isso somado ao fato de não ter condições de alugar um imóvel para sua moradia.

Sustentou a presença dos requisitos da prova inequívoca e do fundado receio de dano, já que se encontram claras as evidências da união estável, o que gera, assim, o seu direito real de habitação.

Juntou documentos para atestar suas assertivas, como carta de concessão de pensão por morte, da Previdência Social, certidão da Previdência Social em que consta ela inscrita como dependente do *de cujus*, boletim da internação no Hospital Governador Celso Ramos por ocasião do falecimento de seu companheiro, além de correspondências que lhe foram enviadas para o endereço do imóvel mencionado.

Requeru, no encerramento, a concessão da providência liminar negada na instância singular, assim como a reversão, ao final, da decisão agravada, com o deferimento da sua reintegração na posse do imóvel de propriedade de seu falecido companheiro.

Negada a liminar pleiteada, nos termos da decisão de fls. 56-58, os agravados ofertaram resposta ao reclamo.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça eximiu-se de emitir parecer, visto que a matéria tratada não exige a intervenção ministerial.

## VOTO

Cuida a hipótese de ataque recursal à decisão que, nos autos da ação de reconhecimento de união estável e de direito real de habitação em moradia, negou a tutela antecipada pela qual almejava obter a agravante a sua reintegração na posse do imóvel em que convivia maritalmente, nos termos alegados, com seu falecido companheiro e proprietário do bem.

Embasou o juízo monocrático o indeferimento questionado no entendimento de que para a outorga da proteção possessória do direito real de habitação faz-se indispensável o prévio reconhecimento da união estável, esta que, por seu turno, somente poderá ser definida após a instrução do feito.

E anuímos inteiramente com tal posicionamento!

Da análise dos elementos contidos nestes autos recursais, conclui-se que o direito buscado pela recorrente — o da obtenção antecipada do direito de reintegração na posse do imóvel em que habitava com seu companheiro antes do óbito deste — não se encontra delineado nesta fase processual.

Registre-se que, nos termos do art. 273 do Código de Processo Civil:

O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

I- haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou

II- fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

A propósito, colhe-se do magistério de Sérgio Bermudes:

Cuida-se de prestação jurisdicional cognitiva, consistente na outorga adiantada da proteção que se busca no processo de conhecimento,

a qual, verificados os pressupostos da lei, é anteposta ao momento procedimental próprio. Configurados os respectivos requisitos, que se descobrem no *caput* do artigo, nos seus dois incisos e no seu § 2º, o juiz, por razões de economia, celeridade, efetividade, concede, desde logo, e provisoriamente, a proteção jurídica, que só a sentença transitada em julgado assegura em termos definitivos (*A reforma do Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 28).

Dessa forma, no provimento antecipado de que se trata, apenas provisoriamente são antecipados os efeitos fáticos da prestação jurisdicional a serem, pela sentença, outorgados em definitivo.

Segundo Francisco Barros Dias:

[...] “a lei fala em antecipar ... os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial”, no pressuposto conceitual de que a tutela seja o próprio provimento a ser emitido pelo juiz. Antecipar os efeitos da tutela seria antecipar os efeitos do provimento, ou da sentença que no futuro se espera. Na realidade, tutela jurisdicional é a proteção em si mesma e consiste nos resultados que o processo projeta para fora de si e sobre a vida dos sujeitos que litigam. Ela coincide com os efeitos dos provimentos emitidos pelo juiz. Beneficiar-se de efeitos antecipados como está na letra do art. 273, é precisamente beneficiar-se da tutela antecipada (*Processo de conhecimento e acesso à justiça* (Tutela Antecipatória), in *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*, v. 138, p. 50).

Reportando-se à prova inequívoca que autoriza a concessão da tutela antecipatória, expõe Luiz Fux:

Não é de estranhar-se que o legislador, acanhado como o foi na instituição da tutela antecipada, tenha exigido para a sua concessão uma “prova inequívoca” capaz de reduzir a zero a margem de erro que gravita em torno da tutela imediata. Em princípio, há mesmo *contraditio in terminis* na utilização dos termos “prova inequívoca” e “verossimilhança” na medida em que aquela conduz à certeza. Entretanto, o legislador adaptou-se à moderna concepção de que o juiz trabalha com a “lógica do razoável”, na expressão de renomado filósofo do direito.

Para prosseguir:



A prova, via de regra, demonstra o “provável”, a “verossimilhança”, nunca a verdade plena que compõe o mundo da realidade fenomênica. Os fatos em si não mudam porque a prova realiza-se num sentido diverso daquele que a realidade indica. Ora, se assim o é e se o legislador não se utiliza inutilmente de expressões, a exegese imposta é a de que “prova inequívoca” para a concessão da tutela antecipada é alma gêmea da prova do direito líquido e certo para a concessão do *mandamus*. É a prova estreme de dúvidas, aquela cuja produção não deixa ao juízo outra alternativa senão a concessão da tutela antecipada (*Tutela antecipada e locações*. Rio de Janeiro: Editora Destaque, 1995. p. 109).

No caso aqui sob enfoque, não se abstrai dos autos a prova inequívoca do alegado pela insurgente, quando essencial fazia-se, para que pudesse ela ver deferida a proteção judicial ao direito real de habitação que afirma ter, a existência de elementos probantes que gerasse a conclusão, ao menos precariamente, da efetiva existência da presença dos pressupostos previstos em lei como vitais à caracterização da alegada união estável entre a recorrente e o *de cujus*, conforme comando do art. 1.723 do Código Civil.

Sustente-se, de outro lado, ser improvável a possibilidade de sofrer a recorrente, futuramente, danos irreparáveis em razão da não-concessão da medida pleiteada, já que percebendo pensão previdenciária em decorrência da morte de A. C., no valor de R\$1.636,21 (proporcional a 13 dias/mês — doc. fl. 46), permanece em igual condição financeira à existente antes do falecimento de seu companheiro.

Sobre o assunto, averbem-se as seguintes decisões:

Agravo de Instrumento. Ação de reconhecimento de direito. Companheira. Pensão por morte. Antecipação dos efeitos da tutela negada. Quadro probatório insuficiente. Ausência do requisito de prova inequívoca das alegações. Inteligência do art. 273 do CPC (TJSC, AI n. 2004.003193-9, da Capital, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, j. 5-7-05).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE UNIÃO ESTÁVEL. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PREVIS-

TOS NO ARTIGO 273 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA INDEFERIDA. Se a autora não comprova a presença dos requisitos previstos no artigo 273 do Código de Processo Civil descabe a concessão da tutela antecipada requerida na inicial da ação. RECURSO DESPROVIDO (SEGREGADO DE JUSTIÇA) (TJRS, AI n. 70013868344, 7ª CCív., rel. Des. Ricardo Raupp Ruschel, j. 25-1-06).

[...]

Para o deferimento da proteção possessória do direito real de habitação é necessária a preexistência do reconhecimento da união estável (TJRS, Ap. Cív. n. 70016765141, rel. Des. Guinther Spode, j. 13-12-06).

Não estampadas nos autos, pois, a prova inequívoca de que trata a lei processual civil e a verossimilhança das alegações deduzidas pela agravante, é de se confirmar o indeferimento da tutela antecipada.

#### DECISÃO

À vista do exposto, nega-se provimento ao recurso.

Participaram do julgamento, realizado no dia 22 de novembro de 2007, os Exmos. Srs. Des. Nelson Schaefer Martins e Monteiro Rocha. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Jobél Braga de Araújo.

Florianópolis, 10 de dezembro de 2007.

Trindade dos Santos  
Presidente e Relator

## APELAÇÕES CÍVEIS

### Apelação Cível n. 2003.017239-4, de Chapecó

Relator: Des. Monteiro Rocha

DIREITO CIVIL – OBRIGAÇÕES – RESPONSABILIDADE CIVIL – INDENIZAÇÃO POR DOENÇA PROFISSIONAL – TENOSSINOVITE – PROCEDÊNCIA PARCIAL EM PRIMEIRO GRAU – *INCONFORMISMO DA RÉ* – REQUISITOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL – LESÃO POR ESFORÇO REPETITIVO – AMBIENTE INSALUBRE – INOBSERVÂNCIA DE REGRAS DE SEGURANÇA – OMISSÃO RELEVANTE – *ILÍCITO E CULPA CARACTERIZADOS* – REDUÇÃO DA CAPACIDADE LABORATIVA – PENSÃO MENSAL DEVIDA – OFENSA À INTEGRIDADE FÍSICA DA OBREIRA – *DANO MORAL EVIDENCIADO* – PERÍCIA JUDICIAL – *NEXO DE CAUSALIDADE DEMONSTRADO* – OBRIGAÇÃO DE RESSARCIR – *PENSÃO MENSAL* – FIXAÇÃO EM VALOR INFERIOR AO DEVIDO – HIPÓTESE DE PENSÃO VITALÍCIA E EQUIVALENTE AOS RENDIMENTOS DA VÍTIMA – *REFORMATIO IN PEJUS* – IMPOSSIBILIDADE – *DANOS MORAIS* – VALOR RAZOÁVEL E PROPORCIONAL ÀS CONSEQÜÊNCIAS DO ILÍCITO – MANUTENÇÃO – PROVIMENTO NEGADO – SENTENÇA MANTIDA.

Pratica ilícito por negligência, empregadora que se omite em implementar plano preventivo de saúde, com o qual não teria ocorrido prejuízo físico e moral à autora.

O prejuízo material de obreiro consiste em não poder continuar seu ofício em razão de doença profissional contraída por culpa grave da empresa, e é inquestionável a redução de sua capacidade laboral.

A desintegração psicossomática de obreira, decorrente de doença profissional causada por negligência da empregadora e que lhe afeta a integridade física, enseja reparação por dano moral.

O reconhecimento de nexo de causalidade por perícia judicial é elemento de prova para demonstrar a relação de causa e efeito entre o ilícito omissivo da requerida e os prejuízos sofridos pela obreira.

Presentes os requisitos da responsabilidade civil subjetiva – omissão, culpa, prejuízo e nexo de causalidade –, inarredável o dever de indenizar.

O princípio da *reformatio in pejus* impede que o Tribunal, em recurso exclusivo da empregadora, majore o percentual devido por esta à empregada, a título de pensão mensal.

Mantém-se o valor dos danos morais fixados em observância das conseqüências do ilícito, do sofrimento e do desgaste emocional experimentados pela vítima.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2003.017239-4, da comarca de Chapecó (2ª Vara Cível), em que é apelante Sadia Concórdia S. A. Indústria e Comércio, e apelada Lizete Luzia Wesner:

ACORDAM, em Quarta Câmara de Direito Civil, por votação unânime, negar provimento ao recurso da ré. Custas legais.

## RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação interposto por Sadia S. A. Indústria e Comércio, porque ficou irressignada com a sentença que julgou procedente ação de indenização por acidente de trabalho formulada por sua ex-funcionária, Lizete Luzia Wesner, com o fundamento de que, ao longo do período em que prestou serviços à empresa requerida, adquiriu tenossinovite, doença ocupa-

cional constante do rol das Lesões por Esforços Repetitivos ou Distúrbios Osteomusculares Relacionados ao Trabalho (LER/Dort).

A sentença condenou a requerida ao pagamento de: a) pensão mensal de 2/3 do salário antes percebido pela requerente até que esta complete 65 (sessenta e cinco) anos de idade, garantida a percepção de 13º salário, na mesma proporção (2/3), desde a data do acidente; b) indenização de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) a título de danos morais e estéticos; c) custas processuais e honorários advocatícios de 15% sobre a soma das parcelas vencidas; d) constituição de capital necessário para garantir o pagamento das prestações vincendas.

A apelante sustenta a inexistência de nexo de causalidade entre a lesão alegada pela autora e a conduta da empresa Sadia S. A. Indústria e Comércio porque sempre primou pelo bem-estar de seus funcionários, cuidou das condições de trabalho e investiu na prevenção de acidentes e doenças laborais, o que pode ser constatado nos depoimentos das testemunhas.

No tocante à indenização por danos morais e ao pagamento de pensão mensal, afirmou a apelante que esses pedidos só são cabíveis nas hipóteses de dolo ou culpa do causador do dano, e que, não havendo relação entre a lesão da apelada e a conduta da empresa recorrente, tais verbas não são devidas.

Ainda em relação à pensão mensal, alega a apelante que inexistente qualquer deficiência que justifique o recebimento de tal quantia pela autora, visto que nem mesmo o INSS, para o qual basta comprovação de existência de doença, concedeu benefício previdenciário à autora.

A apelante requereu, ainda, a reconsideração da condenação ao pagamento de honorários advocatícios por reputar excessivo o valor arbitrado na sentença.

Contra-arrazoado o recurso, os autos ascenderam a esta Superior Instância.

## VOTO

Conheço do recurso por reunir os requisitos de admissibilidade.

A autora trabalhou para a empresa requerida entre 22-5-1995 e 3-12-1998, na qual exerceu a atividade de corte de frangos e desossa de coxas de peru, tendo contraído, nesse período, tenossinovite.

Assim, o feito deve ser apreciado à luz da Constituição Federal de 1988 e do Código Civil de 1916.

Essa questão é de suma relevância para o deslinde da *quaestio*, pois, enquanto no direito constitucional anterior exigia-se a comprovação de culpa grave ou dolo do patrão (*vide* Súmula 229 do STF), *atualmente, mesmo a culpa levíssima, enseja a responsabilidade civil do empregador.*

O pedido inicial está fundamentado no art. 159 do Código Civil Brasileiro, segundo o qual “aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”.

Para a doutrina pátria, os pressupostos da responsabilidade civil podem ser enumerados da seguinte forma: “a) ação ou omissão do agente; b) culpa do agente; c) relação de causalidade; d) dano experimentado pela vítima” (RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: responsabilidade civil*. v. 4. 16. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 14).

A sentença monocrática, avaliando o conjunto probatório, concluiu que a autora está incapacitada para o trabalho em razão de tenossinovite permanente e incapacitante. Por isso, condenou a empresa ré ao pagamento de pensão mensal equivalente a 2/3 do salário recebido pela autora à época em que foi demitida, mais danos morais, fixados em cinquenta mil reais.

Passo ao exame da responsabilidade civil da empresa requerida.

a) Ação ou omissão culposa da requerida

Analisa-se conjuntamente a existência – ou não – de ação ou omissão culposa por parte da requerida, e traz-se à colação o dispositivo primeiro que alberga a pretensão da parte autora, *in verbis*:

São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa (art. 7º, XXVIII, da CF/88).

A teor da norma referida, ao trabalhador é assegurado o direito a um seguro contra acidentes de trabalho, de natureza previdenciária, que fica a cargo do empregador, mas é administrado pelo Estado (INSS), sendo indenizável em face do risco da atividade exercida pelo obreiro e, por essa razão, a concessão do benefício independe da comprovação de culpa.

O empregador somente possui responsabilidade civil por acidente de trabalho quando ocorrerem, de sua parte, culpa ou dolo, cuja prova é encargo do empregado.

A Constituição Federal de 1988, como se vê, trouxe grande inovação à matéria em exame, pois estendeu a indenização para os casos em que a culpa da empresa for levíssima, ao passo que no regramento anterior à vigência da novel Carta Política admitia-se responsabilizar o empregador somente nos casos em que o obreiro comprovasse dolo ou culpa grave do patrão.

Transcreve-se julgado do Superior Tribunal de Justiça, que decidiu sobre acidente de trabalho após a Constituição Federal de 1988:

“Basta a culpa leve como pressuposto da responsabilidade civil da empregadora pelos danos sofridos pelo empregado em acidente no trabalho” (rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, REsp. n. 196.101/SP).

O jurista Sérgio Cavalieri Filho (*Programa de responsabilidade civil*, 1. ed. São Paulo: Malheiros Editores, p. 40-41), tem entendimento doutrinário aplicável ao caso *sub judice*:

Examinada pelo ângulo da gravidade, *a culpa será grave* se o agente atuar com grosseira falta de cautela, com descuido injustificável ao homem normal, impróprio ao comum dos homens. É a culpa com previsão do resultado, também chamada culpa consciente, que se avizinha do dolo eventual do Direito Penal. Em ambos há previsão ou representação do resultado, só que no dolo eventual o agente assume o risco de produzi-lo, enquanto na culpa consciente ele acredita sinceramente que o evento não ocorrerá.

*Haverá culpa leve* se a falta puder ser evitada com atenção ordinária, com o cuidado próprio do homem comum, de um *bonus pater familias*.

Já, *a culpa levíssima* caracteriza-se pela falta de atenção extraordinária, pela ausência de habilidade especial ou conhecimento singular.

A autora executava a tarefa de desossar coxas de peru em setor próprio para essa atividade. Embora não se saiba exatamente o número de coxas desossadas por ela, diariamente, à guiza de informação, constata-se, pelo depoimento de Vilmar Necker de Moura, que “na época da autora eram abatidos cerca de 16.000 a 17.000 perus por turno” (fl. 166).

Visualiza-se, claramente, a culpa da empresa requerida por negligência.

A requerente é portadora de tenossinovite, doença inserida no rol dos Distúrbios Osteomusculares Relacionados ao Trabalho – Dort, classificada entre as hipóteses de Lesão por Esforço Repetitivo.

É obrigação de qualquer empresa manter ambiente de trabalho salutar, e a inobservância dessa regra evidencia conduta omissiva civilmente relevante, ensejadora da obrigação de indenizar.

Em acórdão que trata sobre o acometimento de LER, por caixa de empresa, o TJSC entendeu o seguinte:

A responsabilidade por negligência [...] não pode ser afastada quando não oferece aos seus funcionários nenhum tipo de prevenção às doenças denominadas atualmente como “Distúrbios Osteomusculares Relacionados ao Trabalho” (Dort), tais como exames periódicos, intervalo de tempo para descanso, horário es-



pecial e móveis adequados às necessidades dos empregados. Com maior culpa age naqueles casos já confirmados ou de reabilitação, pelos quais o pagamento da pensão indenizatória deve ser a partir da perícia médica que reconheceu a inaptidão total e irreversível para o trabalho que exige movimentos repetitivos com os membros superiores (Apelação Cível n. 2001.023105-0, de Blumenau, rel. Des. José Volpato de Souza j. em 25-2-02).

No tocante ao ambiente de trabalho em que a autora exercia suas atividades, entendo oportuno transcrever excerto da sentença que, após transcrever lúcido trabalho realizado pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina (Manual de Prevenção dos Distúrbios Osteomusculares Relacionados ao Trabalho), faz paralelo entre as definições, constantes no referido manual (em itálico, na transcrição abaixo), e o caso concreto, de modo a afastar qualquer dúvida sobre a ocorrência, na hipótese, de uma lesão por esforço repetitivo. Seguindo a linha do manual, a sentença observou o seguinte (fl. 201):

*TIPO DE DORT: Tenossinovite no punho e polegar esquerdo (laudo pericial de fl. 149);*

FATORES DE RISCO:

*A) Trabalho automatizado, em que o trabalhador não tem controle sobre as suas atividades: É público e notório que uma linha de produção de uma empresa de grande porte como a SADIA tem um trabalho altamente automatizado (lembro que as galinhas são todas transportadas mecanicamente por “nórias” e por esteiras) e o empregado não tem o menor controle do ritmo e sobre o que está realizando;*

*B) Obrigatoriedade de manter o ritmo acelerado de trabalho para garantir a produção: Basta ver que a própria empresa admite apenas dois horários livres até para ir ao banheiro, dando para se perceber, sem o menor esforço, que o ritmo de trabalho era intenso e acelerado para garantir uma alta produção. A testemunha Vilmar, atual empregado da empresa ré e sua testemunha, chegou a anotar que “na época da autora eram abatidos cerca de 16.000 a 17.000 perus por turno” (fl. 160);*

C) *Trabalho fragmentado, em que cada um exerce uma única tarefa repetitiva*: Não há prova dissonante nos autos acerca da atividade da autora que era em “mesas de trabalho” onde “a atividade empreendida pela autora era de esforço repetitivo” (Maria Amélia Cardoso Montemezzo, fl. 168);

D) *Trabalho rigidamente hierarquizado, sob pressão permanente das chefias*: A testemunha da empresa ré indicou como seu cargo Supervisor de produção tão somente na “linha de expedição”, deixando entrever o forte controle sobre as atividades desenvolvidas pelos operários, como a autora;

E) *Inexistência de pausas durante a jornada de trabalho*: Não verifiquei nenhuma pausa durante a jornada de trabalho, sequer a empresa ré se deu ao trabalho de comprovar detidamente quando se dava a ginástica laboral, eis que o Supervisor de Produção Eleomar indicou apenas que “a autora trabalhava no segundo turno cuja entrada se dava às 14h30min, havia um intervalo de 10 minutos para as pessoas irem ao banheiro às 17 horas, a janta ocorria às 19h40min, no período de uma hora e a saída se dava às 23h50min; que após a janta os funcionários tinham dez minutos aleatórios para ir ao banheiro” (fl. 167);

F) *Trabalho realizado em ambientes frios, ruidosos e mal ventilados*: Por óbvio que uma linha de produção de aves é um ambiente frio e ruidoso, tanto é verdade que a roupa dada pela empresa prevê a situação climática (macacão) e ruidosa (protetor auricular);

G) *A frequência dos Dort é maior em mulheres, uma vez que elas apresentam menor resistência nos tendões e ligamentos*: A autora é mulher e apresentou problemas exatamente nos tendões, mais precisamente “tenossinovite dos tendões extensores do polegar e punho esquerdo” (fl. 148).

A prova dos autos realmente converge à certeza de que a requerente foi exposta a trabalhos repetitivos que causaram a tenossinovite.

Se assim é, tem-se que as técnicas que a empresa requerida diz ter empregado para minimizar os riscos de lesão por esforço repetitivo não foram eficazes para afastar a ocorrência de lesão. Se elas não foram suficientes, caracteriza-se a negligência da empresa ré.

Incumbe à empregadora um dever de vigilância mais acentuado que o normal, na hipótese, e a ocorrência de lesão, conseqüente dos riscos ocupacionais previsíveis e que vitimaram a autora, enseja a obrigação de indenizar por culpa grave.

A respeito do assunto, a doutrina ensina que “a culpa *in vigilando*, por sua vez, decorre da falta de atenção ou cuidado com o procedimento de outrem que está sob a guarda ou responsabilidade do agente” (CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 1998. p. 42).

A culpa, no caso, é grave porque o empregador deve saber os riscos ocupacionais a que expõe seus obreiros, e adotar medidas efetivas e eficazes de combate a esse tipo de agente insalubre, como, por exemplo, a aplicação de preceitos ergonômicos.

Predominante doutrina ensina que a culpa é a inexecução de um dever que o agente podia conhecer e observar. Se o conhecia efetivamente e o violou deliberadamente, há delito civil, ou em matéria de contrato, dolo contratual. Se a violação do dever foi involuntária, podendo conhecê-la e evitá-la, há culpa simples; fora dessas matérias contratuais, denomina-se quase-delito.

Devendo conhecer os agentes insalubres incidentes sobre o ambiente laboral da autora, a empresa ré tinha o dever de evitar ou, ao menos, minimizar os riscos decorrentes de inobservância de técnicas ergonômicas porque tem ela o dever de cuidado em relação a seus obreiros, e deve indenizá-los quando, em sua atividade laboral, sofrem prejuízos.

*Com efeito, está escrito na lei que*

cabe às empresas: cumprir e fazer cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho; instruir os empregados, através de ordens de serviço, quanto às precauções a tomar no sentido de evitar acidentes do trabalho ou doenças ocupacionais (art. 157, I e II, da CLT).

Assim, não há dúvida de que a empresa requerida tinha a obrigação de preservar a incolumidade física da autora, engendrando esforços para impedir que sua saúde fosse prejudicada por agentes insalubres criados pela própria ré nos seus postos de trabalho.

Não cumprindo esse mister, há omissão juridicamente relevante por inobservância desse dever de cuidado.

Não bastasse isso, o produto do trabalho realizado pela autora era destinado a fomentar o lucro da empresa ré, o que autoriza a assertiva de que a empresa, ao ser beneficiada por essa atividade, deve responder pelo risco dela emanado.

A respeito do assunto, o jurista José de Aguiar Dias (*Da responsabilidade civil*. 6. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 13) ensina que

os novos inventos, a intensidade da vida e a densidade das populações aproximam cada vez mais os homens, intensificando suas relações, o que acarreta um aumento vertiginoso de motivos para a colisão de direitos e os atritos de interesses, do que surge a reação social contra a ação lesiva, de modo que a responsabilidade civil tornou-se uma concepção social, quando antes tinha caráter individual.

O aplicador da lei, atento à dinâmica da sociedade, não pode esquecer de que a empresa requerida utilizava os serviços profissionais da vítima para atingir sua finalidade que é o lucro. Em razão disso, deve responder pelos riscos dessa atividade, o que fortifica a certeza do dever indenizatório da empresa requerida.

A prova testemunhal corrobora a afirmação de que a autora realizava trabalho repetitivo e em grande volume.

Nesse sentido:

*Vilmar Necker de Mora (fl. 166)*: que a atividade de desossa de perus é um serviço repetitivo;

*Eleomar Fávero (fl. 167)*: que referida tarefa (desossa de peru) é de esforço repetitivo.

*Maria Amélia Cardoso Montemezzo (fl. 168)*: que a atividade empreendida pela autora era de esforço repetitivo.

*Isolda Terezinha Volpi (fl. 168)*: que se utilizava força para empreender a atividade; que se recorda que a autora reclamava de dores no braço esquerdo que era utilizado para segurar a coxa dos perus; que em razão das reclamações de dores a autora foi transferida de setor em várias oportunidades, porém, em todas elas a atividade empreendida pela autora era de esforço repetitivo.

*Arlei de Melo (fl. 170)*: que ambos trabalhavam na linha de corte de perus; que era um serviço de esforço repetitivo; [...] que não havia revezamento na mesa em que a autora trabalhava; [...] que inicialmente as linhas de produção possuíam 14 pessoas e com o tempo foi diminuindo sendo que quando a autora foi demitida cada linha tinha somente 8 pessoas; que com a diminuição das pessoas na linha de produção o esforço aumentou em razão de que a empresa ré reduziu seu quadro de operários “para fazer economia”.

Essa é a lei de mercado. As empresas, exigindo que o mesmo trabalho seja realizado por número menor de funcionários, diminuem seus quadros. Com isso objetivam maior lucro, ou, nos dizeres da testemunha, “para fazer economia”. A consequência dessa postura é que a empresa deve ser responsabilizada quando esse agir causar lesão aos seus funcionários, tal como ocorre no presente caso.

Ressalto que a vítima em nada contribuiu para o resultado; por isso, afasta-se a tese de culpa concorrente. Ela estava apenas cumprindo as ordens dadas por seus superiores hierárquicos, exercendo atividade repetitiva em local insalubre.

Conforme raciocínio *supra*, conluo estar demonstrada a omissão culposa da empresa requerida.

b) Dano material – lucros cessantes

Entende a empresa requerida que não deve pagar pensão mensal, sob o fundamento de que o nexo causal não foi comprovado.

A questão do nexo de causalidade será examinada posteriormente.

No tocante ao pedido de pensão mensal, este tem amparo no art. 1.539 do Código Civil de 1916, para o qual

se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua o valor do trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até o fim da convalescença, incluirá uma pensão correspondente à importância do trabalho, para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu.

Interpretando o dispositivo legal *supra*, este Tribunal de Justiça tem entendido o seguinte:

Havendo evidente redução da capacidade laborativa do obreiro, este deve ser ressarcido pela empregadora, sendo aplicável o comando do art. 1.539 do CC (Apelação Cível n. 2001.019550-0, de Criciúma rel. Des. Carlos Prudêncio).

É importante salientar que não há *bis in idem* pelo fato de a autora receber a pensão decorrente do ilícito, mais benefício acidentário em razão do mesmo acidente.

A propósito, a jurisprudência já consolidou o entendimento segundo o qual

o recebimento de aposentadoria por invalidez do INSS não obsta a reparação pelo direito comum, nos termos do art. 7º, XXVIII, da Constituição Federal. Tais indenizações não se confundem, sendo uma, responsabilidade do Estado, decorrente do seguro social e outra, de responsabilidade do causador do dano, a título de indenização por ato ilícito (Apelação Cível n. 2001.010238-2, de Caçador rel. Des. Anselmo Cerello).

Transcreve-se lição doutrinária que se entende aplicável à hipótese:

Verificada a paralisação, total ou parcial, temporária ou permanente, a vítima, que vinha mantendo uma média de rendimentos, terá diminuído esse ganho, proporcionalmente à redução de sua atividade. É o lucro cessante. Exige uma operação mais sofisticada, primeiro para que se apure o *quantum* que a vítima vinha auferindo para então preverem-se os rendimentos que obteria se não tivesse sofrido o dano. Partindo-se daquele *quantum* já conhecido, será possível calcular-se quanto deixou ou deixará de ganhar pela paralisação, enquanto perdurarem os efeitos da ofensa (CASILLO, João. *Dano à pessoa e sua indenização*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 135).

As lesões das quais a autora foi vítima acarretaram redução de sua capacidade laborativa, conforme atestou o perito, claramente, ao responder quesito formulado pela ré:

d) Após examinada e confirmada a lesão, queira o perito informar qual a extensão da lesão e qual foi a perda da capacidade laborativa do referido membro (em porcentagem)? (fl. 123).

Edema no dorso da base do polegar esquerdo (++). Aumento do volume no punho esquerdo. Atrofia de todo o membro superior esquerdo. Diminuição da força do membro superior esquerdo. Há perda de 80% (oitenta por cento) da capacidade laborativa do membro superior esquerdo (fl. 135).

Não se pode esquecer que a pensão mensal a ser estabelecida em favor da requerente visa reduzir os efeitos patrimoniais negativos e futuros de que foi vítima por doença. Em outras palavras, se a autora teve sua capacidade laboral reduzida, também não poderá mais auferir o mesmo salário que receberia se estivesse completamente sã, exurgindo, por isso, o dever de indenizar por parte da empresa requerida.

Traz-se aos autos excerto jurisprudencial aplicável ao caso vertente:

Verificada a redução do potencial de trabalho do obreiro, deve o responsável indenizá-lo pagando uma pensão vitalícia correspondente à diminuição, sendo irrelevante o fato de o lesionado ter retornado às mesmas atividades que exercia anteriormente ao acidente, posto

que com maior esforço (Ap. Cív. n. 1999.011197-0, rel Des. Nilton Macedo Machado).

A questão do percentual de redução será examinada posteriormente, caso verificada a presença donexo causal.

Aqui, basta a certeza de que houve perda de capacidade laborativa para que se autorize a condenação da empresa ré ao pagamento de pensão mensal para recompor o lucro frustrado.

Assim, está presente o dano material, na modalidade lucros cessantes.

c) Dano moral – caracterização

Traz-se aos autos entendimento doutrinário que trata sobre a extensão dos direitos da personalidade:

Antes de adentrarmos nos direitos da personalidade, tentaremos, preliminarmente, classificar os direitos fundamentais da pessoa humana.

Podem estes ser distribuídos em duas grandes categorias: os direitos de ordem social (ou de órbita pública) e os de ordem civil, ou de órbita individual privada, que são, em última análise, os direitos da personalidade propriamente ditos, direitos específicos, atinentes às relações entre as pessoas naturais.

Na primeira categoria encontramos três classes, *os direitos à integridade física* (correspondendo o direito à vida e saúde), à integridade moral, os direitos de segurança pessoal e finalmente os direitos sócio-políticos.

Na segunda categoria – direitos de ordem civil – se situam precisamente os direitos da personalidade propriamente ditos, ou seja, das pessoas naturais, umas em relação às outras. Estes são por sua vez considerados sob duas classes, *os direitos privados de ordem física, ou bio-física*, e os de ordem moral (SANTA MARIA, José Serpa de. *Direitos da personalidade e a sistemática civil geral*. Campinas: Julex Livros, 1987. p. 36-37).



Como a requerida não deu salutar condição de trabalho a seus obreiros, a autora contraiu doença que a lesionou, conhecida por tenossinovite, estando atualmente incapacitada.

Ora, houve inequívoca ofensa à integridade física da autora e, nesse passo, houve ofensa a seu direito de personalidade, o que autoriza a indenização por dano moral. É que a autora foi afastada do serviço por tenossinovite contraída na empresa, em razão das condições insalubres do ambiente de trabalho.

Estando provada a doença laboral, está demonstrada a ofensa à integridade física da autora, e é presumível a desintegração psicossomática daí advinda e, em conseqüência, os altos sofrimentos experimentados pela demandante.

*Data venia*, há dano moral indenizável.

d) Nexo de causalidade

Entende a empresa requerida que inexistente prova do nexos de causalidade ao afirmar que a doença em questão tem origem controversa, e é desconhecida a sua etiologia, podendo, ou não, ter origem ocupacional.

Não tenho dúvidas de que a autora contraiu tenossinovite durante o período em que trabalhou para a ré. Persiste, na visão da empresa, a dúvida em saber se foi, ou não, a atividade laboral que deu causa a referido mal.

*Data venia*, o nexos causal está mais do que demonstrado.

Mais uma vez socorro-me da sentença monocrática, em seu percuciente exame dos requisitos da responsabilidade civil:

Não é crível que alguém entre são numa empresa – outra ilação não se pode tirar do exame admissional efetuado e aceito pela empresa ré – e após algum tempo de atividade saia aleijada sem que haja relação e nexos causal entre as atividades sabida e comprovadamente de esforço repetitivo realizadas e a doença existente (fl. 201).

Para reforçar o posicionamento da sentença, colho da prova pericial a seguinte resposta a quesito formulado pela autoridade judiciária:

a) Há possibilidade de a doença acometida na autora ser fruto do trabalho por ela desenvolvido na empresa ré? Apresentar base científica da resposta acerca do nexos causal (fl. 144).

Sim. Movimentos de “prensão” repetitivos com a mão esquerda, provocando tenossinovite dos tendões extensores do polegar e punho esquerdo (fl. 148).

É o quanto basta para reconhecer a presença do nexos causal no caso vertente.

Em decorrência do exposto, entendo demonstrados a omissão culposa da empresa requerida, os danos material e moral indenizáveis e o nexos de causalidade entre a primeira e os últimos, motivo pelo qual a condenação da empresa requerida não pode ser afastada.

e) Pensão mensal – quantificação

As lesões das quais a autora foi vítima acarretaram redução de sua capacidade laborativa de tal modo que é possível afirmar que a autora não poderá retornar ao seu ofício.

Embora tenha fixado a pensão mensal em 2/3 dos rendimentos auferidos pela autora, a sentença reconheceu que ela não poderá mais retornar ao mercado de trabalho, se não vejamos:

Giza-se, ainda, outro aspecto relevante a justificar o reconhecimento da pretensão, o fato da autora ser pessoa com pouco estudo (1º grau incompleto, doc. 43), o que inevitavelmente dificulta a conquista de emprego condizente com sua atual situação física, a não ser áreas similares que exigiriam desempenho de considerável força física. Crer que alguém de poucas condições culturais e educacionais vá facilmente se readaptar e ingressar no competitivo e difícil mercado de trabalho é algo pouco razoável e de difícil aceitação (fl. 202).

Segundo ensina a doutrina,

em regra, os efeitos do ato danoso incidem no patrimônio atual, cuja diminuição ele acarreta. Pode suceder, contudo, que esses efeitos se produzem em relação ao futuro, impedindo ou diminuindo o benefício patrimonial a ser deferido à vítima. Aí estão identificados o dano positivo ou *dannum emergens* e o lucro frustrado ou *lucrum cessans* (STOCO, Rui. *Responsabilidade civil: e sua interpretação jurisprudencial*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 654).

Entendo que o “lucro frustrado” da autora, para utilizar a expressão da doutrina, foi a totalidade dos rendimentos que auferia quando trabalhava na empresa requerida porque a requerente não mais exerce atividade laboral, o que foi confirmado pelas testemunhas ouvidas.

Ora, apesar de a redução da capacidade laborativa não ser total (80% do membro superior esquerdo), é evidente que a autora não tem mais condições de retornar ao mercado de trabalho, até pelo sofrimento psicológico decorrente das dores sofridas e da situação vivenciada.

De qualquer sorte, a incapacidade laboral total focalizada pela lei civil não consiste necessariamente em inabilitação para todo e qualquer ofício, *mas, sim, para o trabalho que até então era desempenhado pela autora*.

Sobre a matéria, citando Silvio Rodrigues, Carlos Roberto Gonçalves (*Responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 694), ensina o seguinte:

A inabilitação refere-se à profissão exercida pela vítima e não a qualquer atividade remunerada. A propósito, comenta SÍLVIO RODRIGUES: “desse modo, se se trata, por exemplo, de um violinista que, em virtude de acidente, perdeu um braço, houve inabilitação absoluta para o exercício de seu ofício e não mera diminuição de sua capacidade laborativa”.

Da jurisprudência pátria, destaco o julgamento da Apelação Cível n. 2002.005357-6, de Criciúma, na qual a Segunda Câmara de Direito Civil, por maioria de votos, decidiu o seguinte:

O prejuízo do obreiro consiste em não poder continuar seu ofício em razão de doença profissional contraída por culpa grave da empresa autora, sendo inquestionável a redução de sua capacidade laborativa, ainda que possa exercer outra atividade laboral (j. em 18-10-2004).

Assim, entendendo que a hipótese ensejaria pensão mensal vitalícia e integral, deixo de alterar o *quantum* fixado na sentença monocrática para não incorrer em *reformatio in pejus*, ou seja, para não prejudicar a empresa requerida, quando apenas ela recorreu da sentença.

f) Dano moral – quantificação

Como é sabido, e também ante a inexistência de norma expressa para quantificar os danos morais, estes devem ser fixados pelo julgador como se com ele estivesse acontecendo o dano, sendo inaplicáveis as limitações da lei de imprensa que não foi recepcionada pela Constituição Federal.

É possível usar como parâmetros para a fixação da dor sofrida pela vítima o seguinte: a) a idade da vítima e suas perspectivas e esperanças para o futuro, com e sem a lesão sofrida; b) as condições econômicas do lesante a fim de que este possa adimplir a obrigação judicial.

Deixo de afirmar que um dos parâmetros para a quantificação seja a condição econômica e social da vítima porque a indenização, referente à pessoa lesada, independe dessa condição. Se é verdade que no tocante à pessoa da vítima independe a sua condição econômica e social porque pobres e ricos possuem a mesma moral a ser protegida, também é verdadeira a assertiva de que, no concernente ao ofensor, é indispensável verificar-se a sua procedência econômica e social para fins de cumprimento da obrigação imposta decorrente da ofensa moral.

O Magistrado *a quo*, considerando a existência de dano estético causado à autora, fixou a indenização por danos morais em R\$ 50.000,00, sopesando, nesse valor, o prejuízo estético sofrido.

O ilícito praticado contra a autora, que possuía 23 anos (nascida em 26-12-72, fl. 30) à época em que foi afastada pela doença (em 9-5-96, fl. 44), foi grave, decorrente de grosseira falta de cautela.

As conseqüências do ilícito foram graves à autora. Entendeu o perito judicial que houve, no caso, “atrofia de todo o membro superior esquerdo” (fl. 135).

Além disso, a autora ficou afastada, em tratamento, por mais de dois anos, precisamente entre 9-5-96 (fl. 44) e 17-8-98 (fl. 44), e encontra-se atualmente – se não para sempre – desempregada.

Entendo, em razão dessas circunstâncias, que a quantia de cinqüenta mil reais mostra-se adequada e proporcional à extensão dos danos, por isso mantenho a quantia fixada.

g) Despesas processuais – custas e honorários periciais e advocatícios

Sustenta a ré que não deve arcar, sozinha, com o pagamento dos honorários periciais e postula a redução dos honorários advocatícios.

O recurso, no tópico, evidentemente não procede. É que a empresa ré foi vencida e “a sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios” (CPC, art. 20, *caput*), entendido, entre as despesas, as custas com a realização da perícia.

A propósito do assunto, mesmo mantido o percentual de 2/3 de pensão mensal, e não a integralidade dos vencimentos recebidos pela vítima, não é caso de distribuir os ônus sucumbenciais. A uma, porque quem deu causa ao ajuizamento da ação foi, exclusivamente, a empresa requerida; a duas, porque a perda, no caso, seria mínima; a três, porque os bens da vida perseguidos pela autora – ressarcimento de danos materiais e morais – foram alçados integralmente, ainda que não no montante pretendido, cuja fixação fica ao arbitramento do julgado.

O percentual de 15%, por sua vez, coaduna-se aos parâmetros do art. 20, § 3º, do CPC, notadamente em relação ao trabalho desenvolvido, ao tempo de duração da causa e à natureza e importância da causa.

#### h) Resultado do julgamento

Em decorrência do que foi exposto até aqui, nego provimento ao recurso da ré.

#### DECISÃO

Nos termos do voto do Relator, esta Quarta Câmara de Direito Civil, por unanimidade de votos, resolve negar provimento ao recurso da ré.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Des. Subst. Ronaldo Moritz Martins da Silva e Victor Ferreira.

Florianópolis, 21 de fevereiro de 2008.

Monteiro Rocha  
PRESIDENTE E RELATOR

**Apelação Cível n. 2005.016173-6, de Blumenau**

Relator: Des. Monteiro Rocha

DIREITO CIVIL — RESPONSABILIDADE CIVIL — INDENIZATÓRIA — ESTABELECIMENTO COMERCIAL — FURTO DE VEÍCULO NO PÁTIO DO ESTACIONAMENTO — PROCEDÊNCIA EM PRIMEIRO GRAU – INSURGÊNCIA DA RÉ — AUSÊNCIA DE DEVER DE GUARDA DO VEÍCULO — ESTACIONAMENTO ABERTO AO PÚBLICO — TESE INACOLHIDA — RESPONSABILIDADE CIVIL CONTRATUAL CONFIGURADA — FURTO OCORRIDO NO ESTACIONAMENTO DA RÉ — EXONERAÇÃO INADMISSÍVEL — VALOR DO AUTOMÓVEL – CLÁUSULA DE NÃO INDENIZAR — NULIDADE — VALOR MANTIDO — SENTENÇA MANTIDA — RECLAMO IMPROVIDO.

Supermercado que coloca à disposição de cliente estacionamento para veículos, no qual foi furtado um deles. Mencionado estabelecimento não pode furtar-se à indenização pretendida.

Reputa-se correto o valor do veículo quando arrimado em avaliações idôneas e inatacadas pela parte contra a qual foram produzidas.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2005.016173-6, da comarca de Blumenau (2ª Vara Cível), em que é apelante Comercial de Alimentos Poffo Ltda., e apelado espólio de Teresinha Ramos:

ACORDAM, em Quarta Câmara de Direito Civil, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento. Custas legais.

## RELATÓRIO

Ocupam-se os autos de ação indenizatória aforada por Teresinha Ramos contra Mini Preço – Comércio de Alimentos Poffo Ltda., objetivando indenização pelo furto de seu veículo no estacionamento mantido pela empresa ré.

Afirma a autora que, no dia 19-7-2002, dirigiu-se ao estabelecimento comercial da requerida e deixou seu veículo – VW Gol – no pátio do estacionamento mantido pela ré, o qual é utilizado pelos clientes do supermercado.

Pondera que, após realizar suas compras, constatou que seu veículo não fora localizado por ter sido furtado.

Diante de tal situação, noticiou o furto à gerência do supermercado, a qual informou que não possuía nenhuma responsabilidade pelos veículos estacionados no pátio do estabelecimento.

Assim, ao fim de suas asserções, pugna pela procedência do pedido preambular, com a condenação da ré ao pagamento da importância de R\$ 11.000,00, referente ao furto de seu veículo, acrescida de juros legais e correção monetária, além de honorários advocatícios.

Citada, a ré apresentou contestação, na qual refutou a pretensão exordial, pugnando pela improcedência do pedido e pela condenação da autora em custas processuais e honorários advocatícios.

Réplica à contestação às fls. 70-74.

Realizada audiência de instrução e julgamento, foram inquiridas duas testemunhas arroladas pela autora.

Encerrada a instrução, as partes apresentaram razões finais remissivas.

Sentenciando o feito, o Magistrado *a quo* acolheu o pedido preambular e afastou as teses de resistência argüidas pela ré e a condenou



ao pagamento da importância de R\$ 11.000,00, acrescida de juros legais e correção monetária, além de honorários advocatícios fixados em 15% sobre o valor condenatório.

Inconformada, a empresa ré interpôs recurso de apelação, no qual pugna pela reforma *in totum* do *decisum a quo*, afirmando que não detém responsabilidade pelos veículos estacionados no pátio de seu estabelecimento comercial, mormente porque o local não é utilizado somente por seus clientes. Também afirmou que o valor a que foi condenada é exacerbado, o qual deve ser minorado, porquanto a importância prevista na tabela Fipe é de R\$ 10.238,00.

Contra-arrazoado o recurso, a autora pugnou pelo improvimento.

Preparados e tempestivos, os autos aportaram nesta eg. Corte de Justiça.

#### VOTO

Conheço do recurso, porquanto preenchidos os reclames legais de admissibilidade.

Trata-se de ação objetivando indenização por veículo furtado no estacionamento mantido pela recorrente, o qual afirma que se trata de prolongamento da via pública e, por esse motivo, não detém responsabilidade pelos veículos ali estacionados.

A demonstração da guarda do veículo conferida ao réu está consubstanciada nos depoimentos testemunhais, por meio do boletim de ocorrência e da nota fiscal acostada pela autora à exordial.

Inicialmente, é importante destacar que eventuais dissensões nos depoimentos testemunhais não elidem a certeza obtida pelas demais provas dos autos, que demonstram claramente a guarda do automóvel da autora pela empresa ré.

No tocante à responsabilidade civil do estabelecimento demandado, esta se assenta em base contratual, pois pelo contrato de depósito “recebe o depositário um objeto móvel, para guardar, até que o depositante o reclame” (art. 1.265 do sucedido Código Civil, vigente à época dos fatos).

Sobre a temática, ensina Caio Mário da Silva Pereira:

Na raiz da responsabilidade vai centrar-se, a meu ver, a idéia fundamental da guarda. O proprietário do carro causador do dano é responsável porque (ou quando) tem a sua guarda. O estabelecimento de onde o veículo é furtado será responsável, quando tem a sua guarda. A meu ver, o elo, que não tem sido devidamente enfocado, reside aí. Num como noutro caso, o que importa, em primeiro plano, é proclamar que na guarda reside a idéia força ou o elemento ontológico da responsabilidade (*Responsabilidade civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 195-203)

Em decorrência das compras efetuadas pela requerente no estabelecimento, foi firmado entre as partes contrato tácito de guarda, por meio do qual aquela requerente, ao fazer compras no estabelecimento requerido, cedeu a ele o cuidado de seu veículo.

Objetivando atrair clientela e, em conseqüência, lucro, o estabelecimento requerido oferece estacionamento para veículos, o que caracteriza serviço complementar que, direta ou indiretamente, já fora pago nas compras, pelo que não pode se exonerar de sua obrigação de custódia sobre o bem.

Lembre-se que a remuneração indireta é aquela em que não há a efetiva contraprestação pelo consumidor. No entanto, há embutido em outro produto ou serviço oferecido o valor do serviço prestado, e que não é remunerado diretamente, havendo, assim, compensação.

Se os contratos de depósito podem ser onerosos ou gratuitos, o estacionamento figura entre os primeiros, conforme entendimento do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro:

Responsabilidade civil. Acidente de consumo. Fato do serviço. Responsabilidade objetiva. Responde o comerciante, independentemente de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação de serviços, entendendo-se como tal, em face da abrangência do conceito legal, toda a atividade por ele realizada no propósito de tornar o seu negócio viável e atraente, aí incluídos o estacionamento, as instalações confrontáveis e outras facilidades colocadas à disposição da sua clientela (Apelação Cível n. 533/95, rel. Des. Sérgio Cavalieri Filho).

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina, em hipóteses semelhantes a esta, tem decidido o seguinte:

RESPONSABILIDADE CIVIL. ESTABELECIMENTO COMERCIAL. FURTO DE VEÍCULO DE CLIENTE EM ESTACIONAMENTO. RESPONSABILIDADE DA EMPRESA PELO PREJUÍZO SOFRIDO. AUSÊNCIA DE CONTRAPRESTAÇÃO PECUNIÁRIA QUE NÃO EXONERA O EMPRESÁRIO DO DEVER DE VIGILÂNCIA. SERVIÇO QUE, POR CONSTITUIR FATOR DE GRANDE IMPORTÂNCIA NA DISPUTA DA CLIENTELA, INFLUI NA PERSPECTIVA DE LUCRO. INDENIZAÇÃO DEVIDA. RECURSO DESPROVIDO (Ap. Cív. n. 1999.000517-8, da Capital, rel. Des. Sérgio Paladino).

Ainda, o Superior Tribunal de Justiça pacificou o assunto em baila, por meio da Súmula 130, para a qual “a empresa responde, perante o cliente, pela reparação do dano ou furto de veículo ocorrido em seu estacionamento”.

É inarredável a conclusão de que o estabelecimento requerido tem obrigação de indenizar a autora pelo prejuízo que ela sofreu em decorrência do furto.

Outrossim, é absolutamente ineficaz a inserção de cláusulas de não indenizar (existência no interior do mercado de placas que indiquem a ausência de responsabilidade do estabelecimento requerido em caso de furto), consoante artigo 51, I, do Código de Defesa do Consumidor. A guarda do bem é da essência do depósito. Reconhecer a ausência de responsabilidade

do estabelecimento requerido seria o mesmo que reconhecer a existência do pacto e logo depois negá-la.

As placas indicativas de isenção de responsabilidade por furto e danos de veículos existentes no supermercado não têm o condão de levar à isenção de responsabilidade civil a empresa requerida, até porque a cláusula de não indenizar, nesses casos, levaria ao enriquecimento ilícito.

No tocante à alegação de que o valor indenizatório fixado em R\$ 11.000,00 é excessivo, melhor sorte não socorre a recorrente, uma vez que a autora anexou três avaliações do veículo furtado, as quais coincidentes, e, assim, aquela única acostada pela ré não sobrepuja as outras acostadas pela autora.

Conclui-se que a diferença existente entre o valor orçado pela ré e os valores apresentados pela autora decorre do tempo que mediou a feitura de ambos os orçamentos. Desse modo, denota-se que não subsistem razões para que não seja considerado válido o valor orçado pela autora.

Destarte, o arbitramento desmerece reparo.

Ante o exposto, conheço do recurso e nego-lhe provimento.

## DECISÃO

Nos termos do voto do Relator, esta Quarta Câmara de Direito Civil, por unanimidade de votos, resolve conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Des. Subst. Ronaldo Moritz Martins da Silva e Victor Ferreira.

Florianópolis, 21 de fevereiro de 2008.

Monteiro Rocha  
PRESIDENTE E RELATOR

## PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

### APELAÇÕES CÍVEIS

#### Apelação Cível n. 2007.015519-3, de São Lourenço do Oeste

Relator: Des. Ricardo Fontes

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO REVISIONAL CUMULADA COM PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. RESTRIÇÃO NA SERASA. AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO SOBRE A INSCRIÇÃO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA ENTRE O CREDOR E O ADMINISTRADOR DO BANCO DE DADOS. DANOS MORAIS. PRESUNÇÃO. INDENIZAÇÃO CABÍVEL. *QUANTUM* REDUZIDO. CONTRATO PARTICULAR DE CONFISSÃO E COMPOSIÇÃO DE DÍVIDAS E OUTRAS AVENÇAS. ÍNDICE DE JUROS REMUNERATÓRIOS EXCESSIVO. OBSERVÂNCIA À TAXA MÉDIA CALCULADA PELO BACEN. CAPITALIZAÇÃO MENSAL DE JUROS. LEGITIMIDADE. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. CABIMENTO. INVIABILIDADE DE CUMULAÇÃO COM OS DEMAIS ENCARGOS MORATÓRIOS. INSCRIÇÃO DO NOME DOS DEVEDORES NOS CADASTROS DE INADIMPLENTES. POSSIBILIDADE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

“Comete ilícito indenizável aquele que indevidamente promove a inserção do nome de alguém em lista de inadimplentes de órgãos de proteção ao crédito, tais como Serasa, SPC e Cadin, sem a prévia notificação, *ex vi* do art. 43, § 2º, do Código de

Defesa do Consumidor” (TJSC, Ap. Cív. n. 2002.027120-4, de Concórdia, rel. Des. Marcus Tulio Sartorato, DJ de 8-7-05).

“A fixação do *quantum* devido a título de indenização pelo abalo moral sofrido deflui do prudente arbítrio do julgador, ao examinar determinadas circunstâncias relevantes existentes nos autos, e não pode ser feita em cifras extremamente elevadas, que importem enriquecimento sem causa por parte do lesado, nem ser irrisória, a ponto de não servir de inibição ao lesante” (TJSC, Ap. Cív. n. 2002.009481-7, de Lages, rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, DJ de 9-7-04).

“Nos contratos bancários, com exceção das cédulas e notas de crédito rural, comercial e industrial, não é abusiva a taxa de juros remuneratórios superior a 12% (doze por cento) ao ano, desde que não ultrapassada a taxa média de mercado à época do pacto, divulgada pelo Banco Central do Brasil” (Enunciado I do Grupo de Câmaras de Direito Comercial do TJSC).

Em se tratando de contratos firmados antes de 31-3-00, admite-se tão-somente a capitalização anual de juros, diante do preceituado no art. 4º da Lei de Usura (Decreto n. 22.626, de 7-4-33). Nos negócios pactuados a partir da data mencionada, entretanto, admite-se o anatocismo em periodicidade mensal.

“É cabível a cobrança da comissão de permanência, exceto nas cédulas e notas de crédito rural, comercial e industrial, quando contratada, respeitado o limite de juros remuneratórios pactuados, desde que não superiores à taxa média de mercado divulgada pelo Banco Central do Brasil, não sendo viável a cumulação do encargo com a correção monetária, juros remuneratórios, multa contratual ou com juros moratórios” (Enunciado III do Grupo de Câmaras de Direito Comercial do TJSC).

Segundo o reiterado entendimento do STJ, a exclusão do nome de devedor dos órgãos de proteção ao crédito (Serasa, SPC e afins) fica justificada, de forma razoável, apenas quando presentes os seguintes requisitos cumulados: (a) existência de ação proposta pelo inadimplente contestando a subsistência integral ou parcial do débito reivindicado; (b) efetiva demonstração de que a insurgência da cobrança indevida esteja fundada na aparência do bom direito e em jurisprudência consolidada do STF ou do STJ; e (c) realização de depósito do montante referente aos importes incontroversos ou prestação de caução idônea, prudentemente arbitrada pelo Magistrado, em se tratando de divergência suscitada apenas em relação à parcela da dívida. *In casu*, não se encontram preenchidos os pressupostos necessários ao deferimento da medida.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2007.015519-3, da comarca de São Lourenço do Oeste (Vara Única), em que é apelante Banco do Brasil S.A., e apelados Luiz Fernandes Ferrarese e Noeli Flor Ferrarese:

ACORDAM, em Primeira Câmara de Direito Comercial, por votação unânime, dar provimento parcial ao recurso, a fim de afastar a preliminar de ilegitimidade passiva; reduzir o *quantum* indenizatório para R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), sobre o qual devem incidir juros de mora a contar do evento danoso e correção monetária a partir da data do presente julgamento; permitir a cobrança dos juros remuneratórios, da capitalização mensal de juros e da comissão de permanência, tudo nos termos da fundamentação; e admitir a inscrição do nome dos devedores nos cadastros de inadimplentes. Ademais, condenar ambas as partes ao pagamento *pro rata* das despesas processuais, compensando-se os honorários advocatícios (Súmula 306 do STJ). Custas legais.

## RELATÓRIO

Na comarca de São Lourenço do Oeste, perante o Juízo da Vara Única, Luiz Fernandes Ferrarese e Noeli Flor Ferrarese deflagraram ação de revisão de contrato bancário cumulada com pedido de indenização por danos morais (Autos n. 066.05.001072-2) contra o Banco do Brasil S.A.

Para tanto, alegaram que: (a) firmaram contrato particular de confissão e composição de dívida e outras avenças (fls. 29-31); (b) incidiram encargos abusivos sobre o referido instrumento; (c) seus nomes foram inseridos nos cadastros de inadimplentes sem nenhuma notificação prévia; e (d) tal fato ocasionou considerável abalo moral.

Às fls. 42-43, o Togado deferiu o pedido de antecipação de tutela, a fim de determinar a exclusão do nome dos autores dos cadastros dos órgãos de restrição ao crédito, sob pena de multa diária de R\$ 500,00 (quinhentos reais).

Contestação às fls. 49-87.

Impugnação à contestação às fls. 97-108.

Alegações finais dos demandantes e do réu às fls. 136-141 e 142-143, respectivamente.

Sobreveio a sentença (fls. 144-161), na qual a lide foi apreciada nos seguintes termos:

Ante o exposto, com fundamento no artigo 269, inciso I, do Código de Processo Civil, JULGO INTEGRALMENTE PROCEDENTE o pedido inicial, para o fim de: 1) Condenar o réu Banco do Brasil S.A., ao pagamento de indenização por danos morais ao autor Luiz Fernandes Ferrarese, no valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), corrigido monetariamente a contar desta decisão, pelo INPC, além de juros de 1% (um por cento) ao mês, contados da data da juntada do mandado de citação, por inobservância do disposto no artigo 43, § 2º, do CDC; 2)



Declarar, através da revisão do contrato bancário de fls. 29-31: a) a nulidade da cláusula que estipula a comissão de permanência; b) a nulidade da cláusula que preveja a capitalização mensal de juros, proibindo-se a utilização da Tabela *Price*, método ham-burguês, ou exponencial, ou outra forma de cálculo que gere o anatocismo; c) a nulidade dos juros remuneratórios superiores a 12% (doze por cento) *ao ano*; d) a nulidade da cláusula relativa à multa contratual, limitando-a a 2% (dois por cento), devendo ela ser aplicada somente sobre o valor do principal devidamente atualizado na data do vencimento dos contratos, não devendo incidir sobre a multa nenhum juro, mas apenas atualização monetária; e) todos os valores deverão ser corrigidos monetariamente pelo INPC, ou, na ausência, por outro índice oficial equivalente (ORTN, OTN, IPC, IPCr). 3) Condene, por fim, o réu Banco do Brasil S.A., ao pagamento das custas processuais, bem como dos honorários advocatícios dos procuradores dos autores, os quais fixo no valor de R\$ 4.000,00 (quatro mil reais), com base no artigo 20, §§ 3º e 4º, do Código de Processo Civil. Finalmente, MANTENHO a antecipação de tutela concedida às fls. 42-43, estendendo a proibição de o Banco réu enviar o nome da autora Noeli Flor Ferrarese, também, para o cadastro de inadimplentes, em razão da dívida discutida nos autos (destaque no original).

Irresignado com a prestação jurisdicional, apelou o Banco requerido (fls. 165-187) argüindo que: (a) é parte ilegítima passiva *ad causam* quanto aos danos morais pleiteados, já que a responsabilidade pela prévia notificação do consumidor cabe integralmente à Serasa; (b) os juros remuneratórios não podem sofrer nenhuma limitação; (c) é legal a cobrança da comissão de permanência; (d) a capitalização de juros é permitida; (e) os honorários advocatícios foram fixados em patamar excessivo; (f) há de ser possibilitada a inscrição do nome dos requerentes nos cadastros restritivos do crédito; e (g) a indenização anteriormente arbitrada merece ser reduzida.

Contra-razões às fls. 175-199.

## VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade do recurso, passa-se ao exame da *quaestio*.

Irresignado com a sentença que julgou procedente a ação revisional cumulada com pedido de indenização por danos morais, o Banco do Brasil S.A. interpôs o presente recurso de apelação.

*Ab initio*, alega o apelante que seria parte ilegítima passiva *ad causam* quanto ao pedido de danos morais, pois a responsabilidade pela não-notificação dos devedores quanto à inscrição de seus nomes no Serasa compete exclusivamente a este órgão.

Busca, assim, eximir-se do pagamento da condenação que lhe foi imposta.

Nesse sentido, considerando-se indiscutível a aplicabilidade do CDC ao caso *sub judice*, fica cristalina a incidência do disposto no seu art. 43, § 2º, o qual expressamente prevê:

“§ 2º – A abertura de cadastro, ficha, registro e dados pessoais e de consumo, deverá ser comunicada por escrito ao consumidor, quando não solicitada por ele”.

Em comentário a tal dispositivo, Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin esclarece:

A determinação legal visa a assegurar o exercício de dois outros direitos básicos assegurados pelo CDC e que serão melhor analisados: o direito de acesso aos dados recolhidos e o direito à retificação das informações incorretas. Não é necessário grande esforço para sensibilizarmo-nos com alguém (e não se trata de casos esporádicos) que passa pelo infortúnio de ser surpreendido, no momento de uma contratação qualquer, com a notícia de que está impedido de contratar a crédito (GRINOVER, Ada Pellegrini [et al]. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 405).

Insurge-se o Banco contra a alegada responsabilidade de sua parte pela ausência de comunicação da inscrição do nome dos apelados nos cadastros da Serasa, entendendo que cabe a esta a tomada de tal providência.

No entanto, forçoso reconhecer, em casos tais, a configuração de responsabilidade solidária entre o pretense credor e o próprio órgão cadastral, de modo que, tendo a ação sido proposta contra somente o primeiro, garantido lhe é o direito de regresso contra este último.

Sobre o assunto, disciplina a autora supramencionada:

Os arquivos de consumo cristalizam a conjugação de esforços de vários sujeitos, dois deles principais: o fornecedor da obrigação principal e o administrador do banco de dados.

Nos termos do art. 7º, parágrafo único, do CDC: “Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo”. Isso quer dizer que fornecedor e administrador, como agentes diretamente envolvidos no *iter* da inscrição, são co-responsáveis pelos danos eventualmente causados ao consumidor, por defeito de comunicação. O CDC, ao contrário do que fez em outro passo (§ 3º do art. 43, que faz referência a dever específico do “arquivista”), não pinçou um desses sujeitos, contra ele fazendo cair todo o encargo da comunicação. A hipótese, evidentemente, é de responsabilidade solidária, cabendo, por isso mesmo, ação de regresso de um co-responsável na direção do outro. Compete ao consumidor escolher um ou todos os agentes, no momento da propositura da eventual ação indenizatória (*op. cit.*, p. 412).

Outrossim, consignada a responsabilidade do apelante quanto ao defeito na comunicação da inscrição, não lhe assiste nenhuma razão quanto ao pretendido afastamento da condenação ao pagamento de indenização pelos danos morais, mormente porque fulcrado nas frágeis alegações de que os prejuízos supostamente sofridos não foram de fato comprovados.

Com efeito, a ausência da comunicação de inscrição do nome do devedor em cadastros restritivos de crédito gera presunção de dano àquele

que deixou de ser notificado, pois, a partir do ato omissivo, estará sujeito à situação vexatória de ser informado por terceiros sobre a restrição creditícia existente em seu nome.

Nesses termos, a lição de Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin:

No caso específico do dever de comunicação, aparecem, por um lado, sanções administrativas e penais, e, por outro, a obrigação de reparar eventuais danos causados, de natureza patrimonial ou moral.

O simples fato de deixar de comunicar a inscrição no cadastro dos devedores é grave ato ilícito, que gera, por si só, o dever de indenizar, além do sancionamento administrativo e penal (art. 72, pois quem não comunica está a “impedir ou dificultar o acesso do consumidor às informações que sobre ele constem em cadastro, banco de dados, fichas e registros”) (*op. cit.*, p. 413, destaque no original).

É este também o entendimento assentado pelo TJSC:

RESPONSABILIDADE CIVIL – INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – INSCRIÇÃO E MANUTENÇÃO DO NOME DO AVALISTA DA DEVEDORA PRINCIPAL NOS CADASTROS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO – AUSÊNCIA DE PRÉVIA NOTIFICAÇÃO POR PARTE DA INSTITUIÇÃO CREDORA – ATO ILÍCITO CONFIGURADO – INTELIGÊNCIA DO ART. 43, § 2º, DO CÓDIGO CONSUMERISTA – DEVER DE INDENIZAR CARACTERIZADO – DANOS MORAIS PRESUMIDOS – MAJORAÇÃO DO *QUANTUM* INDENIZATÓRIO – RECURSO DO AUTOR PROVIDO E DO RÉU DESPROVIDO.

1. Comete ilícito indenizável aquele que indevidamente promove a inserção do nome de alguém em lista de inadimplentes de órgãos de proteção ao crédito, tais como Serasa, SPC e Cadin, sem a prévia notificação, *ex vi* do art. 43, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor (Ap. Cív. n. 2002.027120-4, de Concórdia, rel. Des. Marcus Tulio Sartorato, DJ de 8-7-05).

Superada a questão relativa à responsabilidade do recorrente pelo pagamento da indenização por danos morais derivados da irregular inscrição do nome dos apelados em serviços de proteção ao crédito, é pertinente que se aprecie o pleito no que se refere à minoração da verba indenizatória.

Sabe-se que a indenização deve ser arbitrada sempre de modo a não provocar enriquecimento sem causa para a parte que a recebe. Entretanto, o valor fixado deve ser suficiente para que o ofensor não venha a reiterar a prática danosa.

Nesse sentido:

A fixação do *quantum* devido a título de indenização pelo abalo moral sofrido, deflui do prudente arbítrio do julgador, ao examinar determinadas circunstâncias relevantes existentes nos autos, e não pode ser feita em cifras extremamente elevadas, que importem enriquecimento sem causa por parte do lesado, nem ser irrisória, a ponto de não servir de inibição ao lesante (TJSC, Ap. Cív. n. 2002.009481-7, de Lages, rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, DJ de 9-7-04).

Na fixação da indenização por danos morais, recomendável que o arbitramento seja feito com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao nível socioeconômico dos autores, e, ainda, ao porte da empresa recorrida, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom-senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso (STJ, REsp. n. 135.202/SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, DJU de 19-5-98).

*In casu*, tem-se que o Magistrado de primeiro grau, atendendo às circunstâncias do caso concreto, fixou a indenização no valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).

Entretanto, percebe-se que o valor arbitrado está em discordância com os critérios que devem ser adotados para a correta fixação do montante indenizatório, e deve ser minorado sob pena de se proporcionar aos

lesados, mais que uma justa compensação, um evidente locupletamento indevido.

Assim, impõe-se reconhecer que o *quantum* indenizatório deve-se limitar ao patamar de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), e é pertinente sua fixação neste montante, corrigido monetariamente a partir da data do presente julgamento e sobre o qual devem incidir juros de mora a contar do evento danoso.

Superadas as questões da responsabilidade da instituição financeira e do valor devido a título de indenização por danos morais, cabe agora a análise dos pontos referentes à revisão do instrumento negocial firmado entre as partes.

### 1 *Juros remuneratórios*

Quanto aos juros remuneratórios, prevalece o teor da Súmula 648 do STF, e são inaplicáveis o art. 192, § 3º, da CRFB (revogado pela EC n. 40, de 29-5-03) e a Lei de Usura (Decreto n. 22.626, de 7-4-33) às instituições financeiras e às administradoras de cartão de crédito, com arrimo em vasta jurisprudência (STJ, REsp. n. 369.787/RS, rel. Min. Castro Filho, DJU de 1º-3-2004; AGA n. 431.420/RS, rel. Min. Castro Filho, DJU de 17-2-03; Súmula 283; e STF, Súmula 596). A questão concernente à limitação deve ser investigada sob o prisma da abusividade, e, ainda assim, impõe-se, para esta constatação, que a onerosidade seja efetivamente demonstrada em cada hipótese específica, com a cabal comprovação de desequilíbrio contratual. Prepondera o índice negociado se ausente prova robusta de ilegitimidade de cobrança, tomando-se como base, caso disponível, a taxa média vigente na data de assinatura (ou do vencimento) do pacto, cuja tabela é elaborada pelo Bacen e divulgada no site [www.bacen.gov.br](http://www.bacen.gov.br), e que serve de parâmetro ao Magistrado.

O endereço eletrônico do Bacen, em relação aos créditos com recursos livres e taxas prefixadas destinados às pessoas físicas e jurídicas, informa, em pesquisa realizada em 27-7-07, a média de mercado dos juros remuneratórios, em série temporal, para a operação seguinte e no período respectivo:

Tipo de pessoa	Operação	Finalidade	Data inicial em que os dados estão disponíveis
Física	Crédito Pessoal	Operações tradicionais de empréstimo a pessoas físicas, nas quais a concessão do crédito não está vinculada à aquisição específica de um bem ou serviço	Julho de 1994

É este o contrato sobre o qual a parte demandante da revisional pretende a limitação dos juros remuneratórios, merecendo destaque a taxa contratada e o índice médio mensal, à época do negócio, divulgado pelo Bacen:

Contrato de “crédito pessoal” – pessoa física					
Número	Fl(s).	Assinatura	Vencimento	Taxa contratada (%)	Índice médio (%)
20/00580-6	29/31	14-12-2000	14-12-2003	4,90	4,40

Do confronto entre a taxa divulgada pelo Bacen e aquela entabulada pelas partes, constata-se abusividade no contrato particular de confissão e composição de dívidas e outras avenças, impondo-se o provimento parcial do recurso do Banco nesse particular.

Devem prevalecer, logo, quanto ao ajuste de fls. 29-31, os índices calculados pelo Bacen, verificados em liquidação de sentença, que incidirão na relação contratual mensalmente, com base na data de assinatura do pacto, tomando-se em conta, também, o princípio da menor onerosidade ao consumidor, de acordo com o qual subsiste o encargo conforme os

parâmetros entabulados no período em que for inferior ao patamar médio divulgado.

## 2 *Capitalização de juros*

Em que pese o disposto na Súmula 121 do STF, a incidência da capitalização de juros, se presente cláusula autorizadora, é permitida na periodicidade mensal nos contratos firmados a partir de 31-3-00, e, na modalidade anual, nos ajustados antes da referida data, diante do contido no art. 5º da MP n. 2.170-36, de 23-8-01 (decorrente da MP n. 1.963-17, de 30-3-00), conforme assentada jurisprudência do STJ (REsp. n. 717.181/RS, rela. Mina. Nancy Andriighi, DJU de 24-2-05; e REsp. n. 759.838/RS, rela. Mina. Nancy Andriighi, DJU de 9-8-05).

Autoriza-se, então, a capitalização de juros *in casu*, na forma mensal, pois: (a) o contrato em revisão foi firmado depois de 31-3-2000; e (b) existe pactuação para tanto, diante do confronto entre as taxas anual e mensal incidentes no negócio.

## 3 *Comissão de permanência e impossibilidade de cumulação com os demais encargos moratórios*

No tocante à comissão de permanência, é válida sua incidência no período da inadimplência se pactuada, como ocorre *in casu*, limitada ao patamar dos juros remuneratórios e não superior à média de mercado, vedada a cumulação com qualquer encargo moratório – multa contratual, correção monetária, juros de mora (STJ, Súmulas 30, 294 e 296; e TJSC, Enunciado III do Grupo de Câmaras de Direito Comercial).

A discussão pertinente à multa contratual, aos juros de mora e à correção monetária, efetivamente, fica sem sentido, na medida em que ao agente bancário assiste o direito de exigir o encargo moratório com maiores repercussões financeiras.



Pode-se concluir, assim, que, no presente caso, é válida exclusivamente a cobrança da comissão de permanência, vedada, contudo, a cumulação com os demais encargos moratórios.

#### *4 Inscrição do nome do devedor nos órgãos de restrição ao crédito*

Segundo o reiterado entendimento do STJ, a exclusão do nome de devedor dos órgãos de proteção ao crédito (Serasa, SPC e afins) fica justificada, de forma razoável, apenas quando presentes os seguintes requisitos cumulados: (a) existência de ação proposta pelo inadimplente contestando a subsistência integral ou parcial do débito reivindicado; (b) efetiva demonstração de que a insurgência da cobrança indevida esteja fundada na aparência do bom direito e em jurisprudência consolidada do STF ou do STJ; e (c) realização de depósito do montante referente aos importes incontroversos ou prestação de caução idônea, prudentemente arbitrada pelo Magistrado, em se tratando de divergência suscitada apenas em relação à parcela da dívida.

Nesse sentido: REsp. n. 527.618/RS, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJU de 24-11-03.

Porque ausente, *in casu*, a cumulação dos requisitos necessários ao deferimento da medida, pois a parte requerente deixou de comprovar que a insurgência da cobrança indevida está fundada na aparência do bom direito, é lícita, destarte, a inscrição do nome dos devedores nos órgãos de restrição ao crédito.

A propósito, também do STJ: REsp. n. 613.818/MG, rela. Mina. Nancy Andrichi, DJU de 23-8-04; e REsp. n. 814.831/RS, rel. Min. Jorge Scartezini, DJU de 1º-8-06.

## 5 Ônus sucumbenciais

No tocante aos encargos processuais, deve ser reconhecida a sucumbência recíproca, conforme conceituada por Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery:

Há sucumbência recíproca quando uma das partes não obteve tudo o que o processo poderia lhe proporcionar. Se o autor pediu 100 e obteve 80, sucumbiu em 20, ao mesmo tempo em que o réu sucumbiu em 80. Quando a parte sucumbiu em parte mínima do pedido, não se caracteriza a sucumbência recíproca. [...] As despesas processuais e os honorários de advogado deverão ser rateados entre as partes, na medida de sua parte na derrota, isto é, de forma proporcional. [...] Quando a perda for ínfima, é equiparada à vitória, de sorte que a parte contrária deve arcar com a totalidade da verba de sucumbência (custas, despesas e honorários de advogado). A caracterização de “parte mínima do pedido” dependerá de aferição pelo juiz, que deverá levar em consideração o valor da causa, o bem da vida pretendido e o efetivamente conseguido pela parte (*Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 389, destaque no original).

Dessa maneira, acolhido somente em parte o pedido formulado na exordial, inevitável o emprego do art. 21, *caput*, do CPC.

“Art. 21. Se cada litigante for em parte vencedor e vencido, serão recíproca e proporcionalmente distribuídos e compensados entre eles os honorários e as despesas”.

Tendo em vista a vitória e a derrota de cada litigante, assim, às partes cabe o pagamento *pro rata* (divisão equânime) das despesas processuais, compensando-se os honorários advocatícios (Súmula 306 do STJ).

## DECISÃO

Em face do que foi dito, dá-se provimento parcial ao recurso, a fim de: (a) afastar a preliminar de ilegitimidade passiva; (b) reduzir o *quantum*

indenizatório para R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), sobre o qual devem incidir juros de mora a contar do evento danoso e correção monetária a partir da data do presente julgamento; (c) permitir a cobrança dos juros remuneratórios, da capitalização mensal de juros e da comissão de permanência, tudo nos termos da fundamentação; e (d) admitir a inscrição do nome dos devedores nos cadastros de inadimplentes. Ademais, condenam-se ambas as partes ao pagamento *pro rata* das despesas processuais, compensando-se os honorários advocatícios (Súmula 306 do STJ).

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Des. Salim Schead dos Santos e Marli Mosimann Vargas.

Florianópolis, 13 de dezembro de 2007.

Ricardo Fontes  
PRESIDENTE E RELATOR

**Apelação Cível n. 2007.031513-9, de Concórdia**

Relator: Des. Ricardo Fontes

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO CUMULADA COM PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. DÍVIDA ADIMPLIDA. CANCELAMENTO DO PROTESTO DO TÍTULO E EXCLUSÃO DO NOME DA AUTORA DOS CADASTROS DE INADIMPLENTES. SENTENÇA MANTIDA NESSE PONTO. QUITAÇÃO DO DÉBITO EFETUADO A DESTEMPO E DE MODO DIVERSO DO ACORDADO. DEPÓSITO BANCÁRIO NÃO-IDENTIFICADO EM CONTA CORRENTE. AUSÊNCIA DE QUALQUER COMUNICAÇÃO INFORMATIVA. INVIAIBILIDADE DE IMEDIATA VERIFICAÇÃO POR PARTE DO CREDOR. LICITUDE DO ATO NOTARIAL E DA INSERÇÃO DO NOME DA DEVEDORA NOS ÓRGÃOS DE RESTRIÇÃO AO CRÉDITO ENQUANTO INCERTA A QUITAÇÃO. DANO MORAL NÃO CONFIGURADO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

“Não configura dano moral o apontamento de título a protesto se a devedora concorreu para o fato, encontrando-se o credor no exercício regular de um direito. Sendo lícita tal conduta, não há como imputar a responsabilidade ao credor, afastando, conseqüentemente, o dever de indenizar.

“Quitada a dívida por meio diverso do avençado, compete ao devedor comunicar previamente ao credor a forma como efetuará o pagamento e, posteriormente, notificá-lo acerca da realização, a fim de tornar-se viável o reconhecimento sobre o adimplemento do débito” (TJSC, Ap. Cív. n. 2005.032540-2, de Mafra, rela. Des. Salete Silva Sommariva, DJ de 2-3-07).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2007.031513-9, da comarca de Concórdia (1ª Vara Cível), em que é apelante Durin Indústria de Plásticos Ltda., e apelada Hidroani Poços Artesianos Ltda.:

ACORDAM, em Primeira Câmara de Direito Comercial, por votação unânime, dar provimento parcial ao recurso, a fim de afastar a obrigação de a recorrente indenizar a apelada por danos morais, nos termos da fundamentação. Ademais, condenar ambas as partes ao pagamento *pro rata* das despesas processuais, compensando-se os honorários advocatícios (Súmula 306 do STJ). Custas legais.

## RELATÓRIO

Na comarca de Concórdia, perante o Juízo da 1ª Vara Cível, Hidroani Poços Artesianos Ltda. deflagrou ação declaratória de inexistência de débito cumulada com pedido de indenização por danos morais (Autos n. 019.06.003992-0) contra Durin Indústria de Plásticos Ltda.

Para tanto, alegou que: (a) adquiriu da requerida as mercadorias descritas na nota fiscal de fl. 31, ficando acordado que o pagamento seria efetuado em 3 (três) parcelas com vencimento para os dias 28-4-06, 5-5-06 e 12-5-06; (b) em razão da demora no recebimento dos boletos bancários, a primeira prestação foi paga a destempo, em 4-5-06, por meio de depósito bancário (fl. 28); (c) o título foi indevidamente protestado, além de ser abusiva a inscrição de seu nome nos cadastros de inadimplentes; e (d) é cabível a fixação de indenização pelos danos morais sofridos.

Às fls. 38-39, o Togado deferiu o pedido de antecipação de tutela, a fim de determinar a exclusão do nome da demandante dos cadastros dos órgãos de restrição ao crédito, bem como sustar os efeitos do protesto efetuado.

Contestação às fls. 49-64.

Impugnação à contestação às fls. 82-87.

Sobreveio a sentença (fls. 90-95), na qual a lide foi apreciada nos seguintes termos:

Ante o exposto, JULGO PROCEDENTES os pedidos formulados para, em consequência, confirmando a liminar concedida às fls. 38, determinar a exclusão definitiva do nome da autora dos órgãos de proteção ao crédito em que estiver inscrito, relativamente ao débito apontado na inicial e cancelar o protesto, definitivamente, além de condenar a requerida ao pagamento de indenização por danos morais, fixada em R\$ 2.000,00 (dois mil reais), devendo referido valor ser monetariamente corrigido desde a presente data e acrescido de juros legais (1,00% a.m.) desde a data do evento danoso, ou seja, 18-5-2006. Condeno a requerida, ainda, ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios que fixo em R\$ 1.000,00 (mil reais), com fulcro no artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil. Fica advertida a requerida que caso não efetue o pagamento do montante a que foi condenada, no prazo de 15 (quinze) dias após o trânsito em julgado desta decisão, será acrescido, sobre o valor, multa de 10% (dez por cento), conforme estabelece o artigo 475-J do Código de Processo Civil. Oficie-se o 2º Ofício de Protestos, para cumprimento da presente decisão (destaque no original).

Irresignada com a prestação jurisdicional, apelou a requerida (fls. 98-113), argüindo que: (a) os pagamentos firmados entre as partes deveriam ser adimplidos por meio dos boletos bancários; (b) sem enviar qualquer aviso, a autora efetuou o pagamento da primeira parcela a destempo e por meio de depósito bancário não-identificado em conta-corrente; (c) tal situação tornou impossível a constatação imediata de quitação do débito; (d) não houve, apesar do atraso, a inclusão dos encargos moratórios devidos; (e) mesmo notificada previamente pelo cartório de protestos, a demandante ficou-se inerte; (f) assim que verificou o pagamento da dívida, enviou carta de anuência à requerente; (g) a falta de diligência da devedora ilide seu direito de ser indenizada; (h) não há o nexo causal entre a sua conduta e o resultado danoso; (i) é incabível o pedido de reconhecimento do abalo

moral; e (j) a ação merece ser julgada totalmente improcedente, com a readequação dos ônus sucumbenciais.

Contra-razões às fls. 118-130.

## VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade do recurso, passa-se ao exame da *quaestio*.

Irresignada com a sentença que julgou procedente a ação declaratória de inexistência de débito cumulada com pedido de indenização por danos morais, Durin Indústria de Plásticos Ltda. interpôs o presente recurso de apelação.

Vale dizer, inicialmente, que é fato incontroverso a inexistência da dívida em debate, já que, além do comprovante de depósito em conta corrente de fl. 28, foi corroborada, até mesmo, pela “carta de anuência” emitida pela credora/apelante (fl. 70), não podendo ela reclamar pelo não-pagamento dos encargos moratórios, uma vez que desistiu dessa benesse quando declarou quitado o débito.

Dessa feita, há de ser mantida a sentença que, em conseqüência, determinou a exclusão do nome da autora dos cadastros de inadimplentes e o cancelamento definitivo do protesto do título *sub judice*, e não há cogitar da improcedência total da ação.

A questão principal, então, está em verificar se incumbe ao credor averiguar os pagamentos dos títulos de que é proprietário ou se cabe ao devedor comunicar o adimplemento da dívida para evitar transtornos como o corrente.

Como regra geral, revela-se descabido exigir do ex-devedor que comunique o adimplemento ao credor, pois incumbe a este o controle

dos pagamentos realizados em seu favor, não sendo outro o entendimento desta Corte:

[...] não pode a empresa furtar-se à obrigação de reparar os danos sofridos sob o argumento de que seu cobrador é que não comunicou o pagamento da dívida, já que é seu o mister de controle dos cadastros, assim como de seus prepostos (Ap. Cív. n. 1996.009781-3, de Lages, rel. Des. Carlos Prudêncio, DJ de 15-7-97).

Igualmente, não haveria falar em culpa concorrente da autora por não ter notificado a credora a respeito do pagamento efetuado de forma impropontual para o cancelamento do protesto, pois esta seria uma atribuição do proprietário do título de crédito.

Assim já decidiu o TJSC:

Assinala-se, ainda, que o autor não tem o dever de, após já ter cumprido com sua obrigação, embora tardiamente, novamente procurar a ré para comprovar o pagamento e solicitar que o título seja retirado do protesto, pois isto é atribuição que compete à ré que apontou (Ap. Cív. n. 2000.000161-9, de Lages, rel. Des. Subst. Nilton Macedo Machado, DJ de 29-6-00).

No entanto, o presente caso é uma situação peculiar, em que a aplicação da regra geral não confere um correto deslinde ao feito.

Isso porque extrai-se dos autos que havia sido acordado entre as partes litigantes que o adimplemento do débito dar-se-ia por meio de boletos bancários e, em que pese alegar a autora o não-recebimento destes no prazo previsto, é pacífico que ela não poderia simplesmente efetuar o pagamento utilizando-se de meio diverso, *in casu*, depósito não-identificado em conta corrente (fl. 28), sem comunicar a credora sobre tal fato.

O pagamento efetuado de forma estranha àquela antes combinada, somado ao fato de não ter ocorrido nenhum comunicado à credora, impossibilitou a verificação da efetiva quitação, tornando, até a ciência do ocorrido, lícitos o protesto do título e a negativação do nome da então



devedora, e, conseqüentemente, afastando qualquer responsabilidade da ré que enseje a obrigação de indenizar a outra parte.

Há que ressaltar também que, se a devedora concorreu para todo o ocorrido, agiu o detentor do crédito no exercício regular de seu direito, enquanto perduraram a suposta impontualidade e a incerteza sobre o pagamento da dívida.

No mesmo sentido, desta Corte:

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – PROTESTO DE TÍTULO – PAGAMENTO VIA BOLETO BANCÁRIO – QUITAÇÃO DE FORMA DIVERSA DA CONTRATADA – DEPÓSITO BANCÁRIO NÃO IDENTIFICADO – LICITUDE DO PROTESTO – DANO MORAL NÃO CONFIGURADO – INVERSÃO DOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS.

Não configura dano moral o apontamento de título a protesto se a devedora concorreu para o fato, encontrando-se o credor no exercício regular de um direito. Sendo lícita tal conduta, não há como imputar a responsabilidade ao credor, afastando, conseqüentemente, o dever de indenizar.

Quitada a dívida por meio diverso do avençado, compete ao devedor comunicar previamente ao credor a forma como efetuará o pagamento e, posteriormente, notificá-lo acerca da realização, a fim de tornar-se viável o reconhecimento acerca do adimplemento do débito (Ap. Cív. n. 2005.032540-2, de Mafra, rela. Desa. Salete Silva Sommariva, DJ de 2-3-07).

Ainda:

DANO MORAL — INOCORRÊNCIA — DESCONHECIMENTO DO PAGAMENTO REALIZADO — AUSÊNCIA DE COMUNICAÇÃO — REQUISITOS DO ART. 159 DO CÓDIGO CIVIL DE 1916 INATENDIDOS — SENTENÇA MANTIDA — RECURSO NÃO PROVIDO.

O pagamento levado a efeito, três meses após o vencimento das parcelas, por pessoa diversa e sem identificação do depósito, é fator

que, certamente, dificulta a identificação e a associação da dívida com o depositante.

Não tendo a credora meios de identificar o pagamento, efetuado de maneira diversa da acordada — boleto bancário — impossível venha a ser responsabilizada pela manutenção da devedora nos órgãos de proteção ao crédito (Ap. Cív. n. 2003.017455-9, de Itapema, rel. Des. Wilson Augusto do Nascimento, DJ de 11-5-05).

Evidenciado, portanto, que: (a) não agiu de forma diligente a autora quando efetuou a quitação de sua dívida, e (b) seria impossível à credora verificar de imediato o referido pagamento que se deu por meio diverso daquele acordado e sem notificação, é que se impõe o afastamento de sua responsabilidade pelo ato notarial e pela inserção do nome daquela nos cadastros dos órgãos de restrição ao crédito.

Assim, é incabível falar-se em obrigação de a apelante indenizar a autora.

No tocante aos encargos processuais, deve ser reconhecida a sucumbência recíproca, conforme conceituada por Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery:

Há sucumbência recíproca quando uma das partes não obteve tudo o que o processo poderia lhe proporcionar. Se o autor pediu 100 e obteve 80, sucumbiu em 20, ao mesmo tempo em que o réu sucumbiu em 80. Quando a parte sucumbiu em parte mínima do pedido, não se caracteriza a sucumbência recíproca. [...] As despesas processuais e os honorários de advogado deverão ser rateados entre as partes, na medida de sua parte na derrota, isto é, de forma proporcional. [...] Quando a perda for ínfima, é equiparada à vitória, de sorte que a parte contrária deve arcar com a totalidade da verba de sucumbência (custas, despesas e honorários de advogado). A caracterização de “parte mínima do pedido” dependerá de aferição pelo juiz, que deverá levar em consideração o valor da causa, o bem da vida pretendido e o efetivamente conseguido pela parte (*Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 389, destaque no original).

Dessa maneira, acolhido somente em parte o pedido formulado na exordial, e em decorrência do caráter predominantemente declaratório da causa, inevitável o emprego do art. 21, *caput*, do CPC.

“Art. 21. Se cada litigante for em parte vencedor e vencido, serão recíproca e proporcionalmente distribuídos e compensados entre eles os honorários e as despesas”.

Tendo em vista a vitória e a derrota de cada litigante, assim, às partes cabe o pagamento *pro rata* (divisão equânime) das despesas processuais, compensando-se os honorários advocatícios (Súmula 306 do STJ).

### DECISÃO

Em face do que foi dito, dá-se provimento parcial ao recurso, a fim de afastar a obrigação de a recorrente indenizar a apelada por danos morais, nos termos da fundamentação. Ademais, condenam-se ambas as partes ao pagamento *pro rata* das despesas processuais, compensando-se os honorários advocatícios (Súmula 306 do STJ).

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Des. Salim Schead dos Santos e Marli Mosimann Vargas.

Florianópolis, 13 de dezembro de 2007.

Ricardo Fontes  
PRESIDENTE E RELATOR

## TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

### AGRAVO DE INSTRUMENTO

#### **Agravo de Instrumento n. 2007.023135-2, de Canoinhas**

Relator: Des. Alcides Aguiar

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. NOTIFICAÇÃO EXTRAJUDICIAL INVÁLIDA. MORA NÃO COMPROVADA. ATO NOTARIAL PRATICADO EM ÂMBITO DIVERSO DE SUA DELEGAÇÃO E LIMITES TERRITORIAIS ESTABELECIDOS. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 283 DO CPC, 2º, § 2º, DO DECRETO-LEI N. 911/69 E 8º E 9º DA LEI N. 8.935/94.

Da interpretação do disposto na Lei n. 8.935/94 (Lei dos Serviços Notariais e Registrais), verifica-se que o credor fiduciário tem plena liberdade na escolha do tabelião de notas (art. 8º). Porém, tal preferência deve observar a regra predisposta no texto do art. 9º, que discorre acerca da limitação ao município integrado à comarca para o qual o notário seja credenciado como delegatário.

AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTO DE CONSTITUIÇÃO E DE DESENVOLVIMENTO VÁLIDO E REGULAR DO PROCESSO. EXTINÇÃO DO PROCEDIMENTO JUDICIAL SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO (ART. 267, INC. IV, DO CPC). RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2007.023135-2, da comarca de Canoinhas (2ª Vara), em que é agravante Zenildo Tavares de Camargo, e agravado Banco Itaú S.A.:

ACORDAM, em Terceira Câmara de Direito Comercial, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe provimento. Custas legais.

### RELATÓRIO

Zenildo Tavares de Camargo agravou de instrumento, com pedido liminar de efeito suspensivo, da decisão que, na ação de busca e apreensão proposta pelo Banco Itaú S.A., deferiu o pedido liminar para determinar a constrição do bem financiado (fl. 66).

Destaca que as partes firmaram contrato de financiamento — Crédito Direto ao Consumidor, sob Alienação Fiduciária em Garantia n. 16881950, para aquisição de um veículo tipo “Cavalo-mecânico”, marca Mercedes-Benz, cor branca, ano/modelo 1994 — LS-1935, placa MCI-0480.

Afirma que, por causa da cobrança abusiva de juros (3,17% ao mês e 46,18% ao ano), ficou impossibilitado de efetuar o pagamento das parcelas avençadas, pelo que ajuizou, naquela comarca, a Ação de Revisão Contratual n. 015.07.000540-5, com o fito de extirpar as cláusulas exorbitantes e ilegais constantes do contrato, pretendendo, dessa forma, seja o encargo limitado à taxa média de juros aplicada às operações em espécie e informada pelo Banco Central do Brasil.

Postula a inaplicabilidade do Decreto-Lei n. 911/69 ao caso, já que este afronta às garantias constitucionais da ampla defesa, devido processo legal e contraditório, uma vez que é evidente o descompasso com o atual ordenamento jurídico pátrio.

Ressalta a falta de notificação pessoal do agravante, pois, foi entregue à pessoa diversa deste, de modo que não ficou comprovada, dessa forma, a mora, requisito essencial à deflagração da ação de busca e apreensão.

Por fim, salienta presentes o *fumus boni juris* e o *periculum in mora* a fim de embasar o efeito suspensivo almejado.

A antecipação da tutela recursal foi indeferida (fls. 77-79).

Agravo seqüencial (§ 1º do art. 557 do CPC) interposto (fls. 88-92) contra a decisão que indeferiu o efeito suspensivo formulado no presente agravo de instrumento, o qual não foi conhecido, porque não houve recolhimento do preparo próprio do recurso (fls. 97-100).

Resposta às fls. 102-110.

## VOTO

Cuida-se de agravo de instrumento interposto por Zenildo Tavares de Camargo contra a decisão que deferiu a liminar na ação de busca e apreensão proposta pelo Banco Itaú S.A.

Indispensável salientar, *a priori*, que a comprovação da mora é requisito essencial à propositura da ação de busca e apreensão. Caso contrário, não se pode estabelecer como válido e regular o desenvolvimento do processo.

Nesse contexto, prescreve o *caput* do art. 3º do Decreto-Lei n. 911/69.

Ei-lo:

Art. 3º — O proprietário, fiduciário ou credor, poderá requerer contra o devedor ou terceiro a busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente, a qual será concedida liminarmente, desde que comprovada a mora ou o inadimplemento do devedor.

A respeito, temos do Enunciado Sumular 72 do Superior Tribunal de Justiça:

“A comprovação da mora é imprescindível à busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente”.

Na espécie em exame, a notificação extrajudicial, visando constituir o devedor em mora, fica prejudicada, porquanto foi efetuada por intermédio do Cartório de Registro de Títulos e Documentos da comarca de Cariacica - ES, em 10-1-07 (fl. 61v.), enquanto o agravado, por sua vez, reside na comarca da Canoinhas - SC, especificamente no município de Três Barras - SC, conforme se observa no próprio ato notarial supracitado.

Cabe ressaltar que o entendimento desta Terceira Câmara de Direito Comercial, até o momento, versava no sentido de reconhecer a validade das notificações extrajudiciais expedidas por cartório de comarca de outro Estado da Federação, não violando, dessa forma, o Provimento n. 11/01 e o art. 178 do Código de Normas, ambos da eg. Corregedoria-Geral da Justiça de Santa Catarina, normas aplicáveis apenas aos cartórios localizados no território estadual.

Contudo, da interpretação do disposto na Lei n. 8.935/94 (Lei dos Serviços Notariais e Registrais), verifica-se que as partes têm plena liberdade na escolha do tabelião de notas (art. 8º). Porém, tal preferência deve observar a regra predisposta no texto do art. 9º, que discorre quanto à limitação ao município integrado à comarca para o qual o notário seja credenciado como delegatário.

Corroborando a assertiva, ao comentar o art. 9º da Lei n. 8.935/94, Antonio Albergaria Pereira ilustra:

Esse artigo estabelece a competência do notário, quando convocado pelas partes para formalizar um ato notarial. É uma competência tipicamente territorial, já que a competência funcional, ele a recebe do Poder Público, pelo ato da delegação.

O notário pode praticar todos os atos que a lei lhe confere, no recinto de sua notaria ou em diligência, no interesse das partes, em qualquer outro local, desde que este situe-se nos limites territoriais do Município (*Comentários à Lei n. 8.935, dos serviços notariais e registrais*. São Paulo: Edipro, 1995. p. 38-39).

Não distante disso, na esteira do diligente entendimento sufragado pelo eminente Ministro Carlos Alberto Menezes Direito e adotado pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, para admitir a validade e eficácia da notificação e a conseqüente constituição em mora do devedor, deve tal comunicação solene, sob pena de violação dos arts. 8º e 9º da Lei n. 8.935/94, ser expedida por cartório cuja delegação seja a da comarca onde reside o devedor, e não é facultado, ao notário, o deslocamento para área fora daquela que representa.

A propósito:

Notificação extrajudicial. Artigos 8º e 9º da Lei n. 8.935/94.

1. O ato do tabelião praticado fora do âmbito de sua delegação não tem validade, inoperante, assim, a constituição em mora.
2. Recurso especial conhecido e provido (REsp. n. 682.399-CE, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. em 7-5-07).

Destarte, uma vez ineficaz/inválido o ato à comprovação da mora do devedor fiduciante, nos moldes do Decreto-Lei n. 911/69 e da Lei n. 8.935/94, tal implica inarredavelmente na extinção do processo por ausência de pressuposto válido e regular deste (art. 267, inc. IV, do CPC).

Nesse comenos, tem-se da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. DECRETO-LEI N. 911/69. ENCARGOS INDEVIDOS. DESCONSTITUIÇÃO DA MORA. EXTINÇÃO DO FEITO DE OFÍCIO. QUESTÃO DE ORDEM PÚBLICA. ART. 267, § 3º, DO CPC.



- I. Sendo a mora do devedor condição imprescindível ao pedido de busca e apreensão, inexistindo esta, dá-se a impossibilidade jurídica do pedido, que pode ser decretada de ofício. Precedentes.
- II. Agravo desprovido (AgRg. no REsp. n. 824480/RS, rel. Min. Aldir Passarinho Júnior j. em 18-5-06).

Deste Órgão julgador:

[...] A constituição do devedor em mora é condição essencial à ação de busca e apreensão, a teor da Súmula 72 do STJ, sem a qual deve ser extinto o processo, ante a não perfectibilização da notificação extrajudicial (Ap. Cív. n. 2006.038078-6, de Palhoça, rel. Des. Marco Aurélio Gastaldi Buzzi, j. em 14-6-07).

Assim, verificada, nos termos do § 2º do art. 2º do Decreto-Lei n. 911/69 e arts. 8º e 9º da Lei n. 8.935/94, a irregularidade da notificação do devedor fiduciante, repita-se, inválido será, para fins de constituição da mora, o instrumento extrajudicial apresentado à fl. 61, e acarretará, por conseguinte, a falta de pressuposto de desenvolvimento válido e regular do processo, tornando-se impreterível a extinção do feito sem resolução de mérito, conforme determina o inciso VI do artigo 267 do Código de Processo Civil.

Por fim, relativamente aos ônus sucumbenciais, vale ressaltar que “responde pelo pagamento das despesas processuais o litigante que deu causa ao ajuizamento da ação, obrigando a parte contrária a defender-se e a contratar profissional especializado” (Ap. Cív. n. 2001.022789-4, de Chapecó, rel. Des. Subst. Jânio Machado, j. em 15-3-07).

Com a reforma aqui implementada e por não ter o agravante réu dado azo à conseqüente extinção do feito, pois tal decorreu, como já explicitado neste acórdão, pela falta de pressuposto de desenvolvimento válido e regular do processo, deve o agravado autor suportar na sua integralidade o pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, estes arbitrados em R\$ 1.000,00, conforme preceitua texto do § 4º do art. 20 do CPC.

## DECISÃO

Ante o exposto, conhece-se do recurso e dá-se-lhe provimento.

Participaram do julgamento, realizado no dia 29 de novembro de 2007, o Exmo. Sr. Des. Gastaldi Buzzi e a Exma. Sra. Desa. Subst. Rejane Andersen.

Florianópolis, 6 de dezembro de 2007.

Alcides Aguiar  
PRESIDENTE E RELATOR

## APELAÇÃO CÍVEL

### Apelação Cível n. 2004.006368-7, de Pinhalzinho

Relator: Des. Alcides Aguiar

APELAÇÃO CÍVEL. EXECUÇÃO DE TÍTULO JUDICIAL. ACORDO HOMOLOGADO POR SENTENÇA. CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CONFIGURADO POR SE TRATAR DE MATÉRIA DE FATO E DE DIREITO. IMPENHORABILIDADE AFASTADA. ELEMENTOS QUE LEVAM À CONCLUSÃO DE SE TRATAR DE IMÓVEL RURAL. AUSÊNCIA, CONTUDO, DE PROVA DE QUE CONSISTE EM PEQUENA PROPRIEDADE ACOBERTADA PELA BENESSE DO § 2º DO ART. 4º DA LEI N. 8.009/90. MÉRITO. IMPOSSIBILIDADE DE DISCUSSÃO DO TÍTULO QUE ORIGINOU O ACORDO NÃO CUMPRIDO. APELO DESPROVIDO.

“A impenhorabilidade do art. 5º, XXVI, da Constituição, não é absoluta. O executado, para excluir os bens, deverá comprovar que se trata de pequena propriedade; que o débito decorre de sua atividade produtiva e que a área é explorada pela família’ (AI n. 6.385, de Chapecó, rel. Des. Amaral e Silva, DJ de 17-3-92)” (AI n. 2006.045661-4, rel. Des. Ricardo Fontes).

O descumprimento do acordo homologado por sentença transitada em julgado habilita a sua execução e, via de regra, inviabiliza a discussão do título originário e suas pendências, salvo previsão expressa na transação nesse sentido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2004.006368-7, da comarca de Pinhalzinho (Vara Única), em que apelante Inácio Luiz Schwendler, e apelado Leo Niederle — Comércio de Transportes Niederle:

ACORDAM, em Terceira Câmara de Direito Comercial, por votação unânime, negar provimento ao recurso. Custas legais.

## RELATÓRIO

Inácio Luiz Schwendler opôs embargos à execução proposta por Leo Niederle – Comércio de Transportes Niederle, fundada no acordo firmado entre as partes na expropriatória originariamente promovida para a cobrança da duplicata n. 001/98, emitida no valor de R\$ 8.690,00.

Preliminarmente, argúi excesso de execução uma vez que a importância calculada, nos termos do acordo, foi obtida mediante a adoção da maior cotação do milho, no dia 15-6-2000, equivalente a R\$ 11,40, enquanto devia ter sido observado o valor previsto pela Cooper Itaipú Ltda., ou seja, R\$ 10,70; impenhorabilidade do bem constritado por se tratar de benfeitoria edificada sobre o imóvel destinado à residência familiar, nos termos do art. 1º da Lei n. 8.009/90.

Afirma, no mérito, que o acordo tem origem na duplicata e n. 001/98, de R\$ 8.690,00, cuja emissão é fraudulenta e simulada, já que foi forçado a assiná-la na oportunidade em que as partes celebraram contrato de compra e venda de imóvel, embargante vendedor e embargado comprador, no valor de R\$ 17.650,00, dos quais R\$ 8.650,00 seriam quitados mediante a entrega de materiais de construção pelo exequente, que corresponde ao valor da duplicata, assinada forçosamente pelo executado; além disso, para pagamento dos referidos produtos, o embargante devolveu um dos terrenos recebido em pagamento e descrito no item *b* do contrato acostado à inicial dos embargos, e, ainda, foi coagido a dar a quitação do referido item; a fim de evitar o enriquecimento ilícito do embargado, a execução deve ser anulada, prosseguindo a partir da fl. 10 verso.

Em sede de impugnação, o embargado suscita, em preliminar, inépcia da inicial, porque os embargos não versam sobre as matérias arroladas no

art. 741 do Código de Processo Civil; carência da ação, reconhecendo como correto o valor da saca de milho indicado pelo embargante (R\$ 10,40); que o imóvel penhorado não é o único pertencente ao devedor, além de ser fruto da dívida executada.

Ao final, ressalta que a execução é fundada em título judicial, já que se trata da sentença que homologou acordo firmado entre as partes, cuja quitação não efetuou o embargante. Portanto, são improcedentes seus argumentos.

O devedor manifestou-se acerca da impugnação aos embargos.

A sentença acolheu parcialmente os embargos apenas para reduzir o valor da execução para R\$ 10.700,00, diante do reconhecimento do pedido do embargado neste ponto; condenou o embargante ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, estes fixados em 10% sobre o montante acima indicado.

O embargante interpôs apelação, na qual suscita, preliminarmente, o cerceamento de defesa ante o julgamento antecipado da lide e a impenhorabilidade do bem constritado por se tratar de benfeitoria edificada sobre o imóvel destinado à residência familiar.

Ressalta, no mérito, que o débito foi liquidado com a venda do imóvel ao recorrido, e a duplicata em que se funda a execução é simulada, já que não foi emitida a respectiva fatura.

O apelado apresentou contra-razões.

## VOTO

O apelo tem por objeto a sentença que acolheu parcialmente os embargos à execução fundada em título judicial.

A prejudicial de cerceamento de defesa não merece acolhida, tendo em vista que a matéria tratada no presente feito, como bem destacou o

apelante, é de fato e de direito, e a documentação carreada aos autos é bastante à elucidação da controvérsia, dispensada a produção de prova em audiência, o que autoriza o julgamento antecipado da lide sem que tal providência cause prejuízos à parte.

Além disso, em sendo o Juiz o destinatário da prova, a ele é dado analisar a pertinência ou não da dilação probatória, devendo deferir aquelas necessárias e indeferir as inúteis ou protelatórias, consoante o art. 130 do Código de Processo Civil.

A propósito:

Não incorre em cerceamento de defesa o julgamento antecipado da lide quando a controvérsia recair sobre matéria de fato e de direito, passível de solução mediante o simples exame dos documentos carreados aos autos (Ap. Cív. n. 2006.027867-0, rela. Des. Salete Silva Sommariva. j. em 10-4-2007).

E:

Se o juiz, ante as peculiaridades da espécie, se convence da possibilidade do julgamento antecipado da lide, e, no estado em que o processo se encontra, profere sentença, desprezando a dilação probatória, não há que se falar em cerceamento de defesa, mercê da manifesta inutilidade ou o claro intuito procrastinatório da coleta de prova por cuja produção postulou o embargante (Ap. Cív. n. 38.443, rel. Des. Eládio Torret Rocha, j. em 16-10-1996).

Afasta-se, portanto, a nulidade por cerceamento de defesa.

Ainda em sede de preliminar, o apelante pretende ver desconstituída a constrição efetivada sob o argumento de se tratar de benfeitoria assentada no imóvel destinado à residência familiar e ao exercício de suas atividades de agricultor, portanto impenhorável.

Deve ser destacado que, embora o apelante tenha fundamentado seu pedido no art. 1º da Lei n. 8.009/90, que trata do imóvel residencial, os elementos dos autos, até mesmo a própria qualificação desse, denotam

cuidar-se de imóvel rural, que, portanto, para ser considerado impenhorável, deve observar o § 2º do art. 4º da referida lei.

Em que pese a descrição no auto de penhora de que o imóvel consiste em “chiqueiro de suínos”, cuja construção se deu em razão do negócio efetuado entre as partes, inexistente prova de se tratar de pequena propriedade rural, acobertada pela impenhorabilidade nos termos do art. 4º da Lei n. 8.009/90, já que nem mesmo sua metragem foi identificada nos autos, além de inexistir comprovação de ser o único imóvel pertencente ao devedor.

Extraem-se os requisitos para a configuração da pequena propriedade rural do corpo do acórdão da Apelação Cível n. 2006.045661-4, da lavra do Desembargador Ricardo Fontes, j. em 22-3-2007:

Desta feita, a fim de que sejam alcançados tais objetivos constitucionais, necessária se faz, à luz do disposto no art. 5º, XXVI, da CRFB/88, a comprovação de três requisitos concomitantes para que se considere ocorrente a aventada impenhorabilidade: (a) a existência de pequena propriedade rural; (b) o trabalho pela família no imóvel; e (c) o débito decorrente de atividade produtiva.

Neste sentido:

“A impenhorabilidade do art. 5º, XXVI, da Constituição, não é absoluta. O executado, para excluir os bens, deverá comprovar que se trata de pequena propriedade; que o débito decorre de sua atividade produtiva e que a área é explorada pela família” (AI n. 6.385, de Chapecó, rel. Des. Amaral e Silva, DJ de 17-3-92).

Diante disso, não se acolhe a alegada impenhorabilidade do imóvel constritado.

No mérito, o recurso visa à reforma da sentença com o fim de ser reconhecida a invalidade da duplicata acostada à fl. 5 dos autos em apenso, ao argumento de se tratar de título simulado, dada a ausência de emissão de nota fiscal.

Todavia, há de esclarecer que diferentemente do que pretende fazer crer o recorrente, em que pese o objeto da execução derivar do acordo firmado entre as partes no processo executivo inicialmente deflagrado, o fato é que, uma vez extinta a demanda ante a homologação do ajuste, a presente expropriatória tem por alvo a referida decisão judicial, o que obsta a discussão acerca do título que antecedeu a transação, no caso a duplicata.

Ora, a rigor, em caso de descumprimento do acordo, a execução deve dar-se pelo valor até então ajustado. Não fosse essa a intenção das partes, o respectivo negócio jurídico poderia ter sido rechaçado pelos meios legais, o que não ocorreu.

Luiz Fux comenta:

Em regra o descumprimento da transação não reprecina o título originário porquanto inegável o *animus novandi*. Nada obsta, entretanto, que as partes convençionem a restauração da dívida original mediante previsão textual na transação (*Curso de direito processual civil*, 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 1.269).

Nesse sentido, colhe-se do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

Apelação cível. Embargos à execução. Demanda executiva que tem como objeto acordo homologado judicialmente. A sentença meramente homologatória de transação, que se limita a cancelar judicialmente a vontade das partes sem decidir acerca do mérito da lide, somente pode ser atacada pela via da ação anulatória, nos termos do artigo 486, do Código de Processo Civil. Impossibilidade da rediscussão, em sede de embargos à execução, das questões já cimentadas pela coisa julgada. Apelo desprovido (Ap. Cív. n. 70010245546, rel. Des. Ney Wiedemann Neto).

Conclui-se, pois, que, em tendo as partes pelo acordo redefinido o valor e as condições de pagamento da dívida, e sendo ele o objeto da execução, ou melhor, a sentença que o homologou, fica afastada a possibilidade de discussão da dívida original. Isso porque a presente execução



funda-se em título executivo judicial com trânsito em julgado, contra o qual a parte não se insurgiu no momento oportuno.

Do mesmo modo a alegação de pagamento, uma vez que o recibo trazido pelo apelante é datado de 20-1-1998, enquanto o acordo foi formalizado apenas em setembro do referido ano.

### DECISÃO

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

Participaram do julgamento, realizado no dia 27 de setembro de 2007, os Exmos. Srs. Des. Gastaldi Buzzi e Hilton Cunha Júnior.

Florianópolis, 4 de outubro de 2007.

Alcides Aguiar  
Presidente e Relator

## QUARTA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

### AGRAVOS DE INSTRUMENTO

#### **Agravo de Instrumento n. 2007.008023-6, de Concórdia**

Relator: Des. João Henrique Blasi

COMERCIAL E CONSTITUCIONAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CÉDULA RURAL HIPOTECÁRIA. PENHORA. INVOCAÇÃO DO BENEFÍCIO DA IMPENHORABILIDADE DA PEQUENA PROPRIEDADE RURAL. EXEGESE DO ART. 5º, XXVI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, DO ART. 649, X, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E DO ART. 3º, V, DA LEI N. 8.009/90. PREVALÊNCIA DE PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL SOBRE DISPOSIÇÕES DE ÍNDOLE INFRACONSTITUCIONAL. OFERECIMENTO ESPONTÂNEO DO PRÓPRIO BEM EM PENHORA. ATO NULO. CONSTRIÇÃO INSUBSISTENTE. NÃO-CARACTERIZAÇÃO DE RENÚNCIA AO BENEFÍCIO CONSTITUCIONAL DA IMPENHORABILIDADE. IMÓVEL TAMBÉM DADO COMO GARANTIA HIPOTECÁRIA. IRRELEVÂNCIA. INEXISTÊNCIA, ADEMAIS, DE DÚVIDA QUANTO A RESIDIR O EXECUTADO/APELANTE NO IMÓVEL EM QUESTÃO, ÚNICO, ALIÁS, DE SUA PROPRIEDADE. RECURSO PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2007.008023-6, da comarca de Concórdia (1ª Vara Cível), em que é agravante Albino Volpini e agravado Banco Regional de Desenvolvimento do Extremo Sul — BRDE:

ACORDAM, em Quarta Câmara de Direito Comercial, por votação unânime, dar provimento ao recurso para reformar a decisão de fls. 133-134, e tornar insubsistente a penhora incidente sobre a pequena propriedade rural do agravante, comunicando-se, de imediato, ao Juízo *a quo*. Custas legais.

### RELATÓRIO

Albino Volpini, por seus advogados Drs. Mauri João Galeli e Paulo Rogério de Souza Milléo, interpôs agravo de instrumento com pedido de efeito suspensivo (art. 527, III, c/c o art. 558, ambos do CPC) contra decisão liminar prolatada pelo MM. Magistrado da comarca de Concórdia, Dr. Edson Marcos de Mendonça, em sede de ação de execução de cédula rural hipotecária, ajuizada pelo agravado Banco Regional de Desenvolvimento do Extremo Sul – BRDE, tendo como advogados os Drs. Mario Korb Filho e Tiago Magalhães Cardoso.

A reportada decisão, vinda a lume no juízo *a quo*, indeferiu o pedido de impenhorabilidade da pequena área rural de propriedade do agravante, pedido este fundado no art. 5º, XXVI, da Constituição da República, assim como no art. 649, X, do CPC e na Lei n. 8.009/90, ao argumento de que o próprio agravante, na execução em comento, nomeou à penhora precisamente o bem imóvel em questão, que também já houvera sido por ele oferecido em garantia ao agravado por ocasião da celebração do contrato rural hipotecário.

Em epítome, a intelecção do Magistrado foi de que houve, por parte do agravante, renúncia à benesse legal assecuratória da impenhorabilidade do dito bem de família.

Consigne-se que, tendo sido requerida tutela de urgência, esta veio a ser apreciada pelo eminente Des. Jaime Luiz Vicari, que indeferiu o efeito suspensivo vindicado, ao fundamento de que estava ausente o *fumus boni*

*juris* defluente do art. 558 do CPC, não vislumbrando idôneo juízo de verossimilhança nas alegações do agravante. Isso porque indemonstrado, por ele, que reside no imóvel constrictado, porquanto o endereço declinado destoa daquele referente ao bem penhorado.

Houve, ato contínuo, pedido de reconsideração, não conhecido pelo referido Desembargador por ter sido formulado a destempo, bem assim a apresentação de contra-razões. Vieram-me, então, os autos.

### VOTO

A primeira questão a ser deslindada concerne à asserção posta no despacho indeferitório da antecipação dos efeitos da tutela, ao argumento de que não logrou o agravante comprovar sua residência no imóvel penhorado.

Consta do reportado despacho, à fl. 69:

Na hipótese dos autos, o imóvel rural penhorado encontra-se situado na localidade denominada Cachimbo, no município de Concórdia/SC. Contudo, o imóvel em que reside o agravante não está localizado no mesmo endereço, conforme se observa da leitura de sua peça exordial (domiciliado em Linha Maria Goretti, município de Concórdia).

De fato, certa dúvida houve a esse respeito, já que, na exordial de agravo, no momento da qualificação do recorrente, consta ser ele “residente e domiciliado em Linha Maria Goretti, no município de Concórdia/SC” (fl. 2), endereço também repetido às fls. 11, 29 e 38, enquanto todos os documentos que se reportam ao imóvel penhorado aludem ao “14º Bloco da Colônia Concórdia, propriedade Rio do Engano, [...] situado em Cachimbo, município de Concórdia/SC” (fls. 16, 24, 34, 37, 38, 47 e 79 — grifei).

Rebate o agravante que a desconformidade de endereços decorre unicamente da circunstância de que a localidade de Linha Maria Goretti

foi desmembrada, anos atrás, da comunidade de Linha Cachimbo, alegativa que tem verossimilhança se confrontada com as certidões e declarações de fls. 46, 48, 49 e 50 (repetidas às fls. 77, 78, 80 e 81), de onde exsurge provado que o recorrente possui um só imóvel registrado.

Logo, a dúvida suscitada parece-me sobranceiramente dirimida, pois provado está que o agravante, de fato, reside no imóvel constritado, o qual, aliás, como averbado alhures, é o único bem de raiz que possui.

A questão sobrelevante, porém, radica em verificar a aplicabilidade, à hipótese vertente, do benefício da impenhorabilidade do pequeno imóvel rural, havido como bem de família, estratificado pela Constituição da República (art. 5º, XXVI), pelo Código de Processo Civil (art. 649, X) e pela Lei n. 8.009/90 (art. 3º, V).

É matéria que reclama atentas considerações.

Importa, desde logo, escandir o preconizado pelo art. 5º, XXVI, da Constituição Federal, que dispõe:

Art. 5º

[...]

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, o primeiro aspecto a ser analisado, na espécie, diz respeito a se o imóvel penhorado pode ser havido como “pequena propriedade rural”.

Tendo a gleba emoldurada 17,6 hectares, insere-se ela dentro dos lindes concernentes ao especificado pelo Incra — Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária — como “módulo fiscal”, cuja dimensão máxima, no município em que situado o bem (Concórdia) é de até 18 hectares (fl. 55).

Tem sido aplicado, na espécie, o disposto na Lei n. 8.629/93, que regulamentou o art. 185 da Carta da República, definindo a pequena propriedade rural como aquela que se insere na medição entre 1 (um) e 4 (quatro) módulos fiscais, entendimento esposado pelo Supremo Tribunal Federal, quando assim se pronunciou:

Penhora. Pequena propriedade rural. Definição. Agravo desprovido. [...] Articula-se com o malferimento do art. 5º, XXVI, da Carta Política da República, insistindo-se na possibilidade de penhorar-se a gleba em questão. [...] A norma evocada pela agravante implica garantia constitucional da parte contrária ao dispor que: “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”. Pois bem, cumpre, então, perquirir o que se entende como propriedade rural. A Lei n. 8.629, de 25 de fevereiro de 1993, define-a com base na área compreendida entre um e quatro módulos fiscais e muito embora tal diploma diga respeito à desapropriação-pena do art. 185 da Constituição Federal, iniludivelmente fixa os parâmetros concernentes à pequena propriedade, e esta não pode ser considerada de forma distinta, tendo em conta tratar-se de desapropriação ou penhora. É que está prevista em um mesmo diploma, ou seja, na Constituição Federal, e, por isso mesmo, deve ter definição única. Tenho como aplicável à espécie a citada lei, não conferindo a referência à desapropriação eficácia restritiva. [...] Assim sendo, a área do agravado, possuindo 12,10 hectares, surge como impenhorável. A agravante, por atuar no meio rural, deveria ter conhecimento desses parâmetros. Mostra-se consentâneo com a regra constitucional o enfoque dado à controvérsia pelo Juiz Relator, Dr. Ronald Moro. O provimento atacado mediante o extraordinário, lavrado com estrita observância da estrutura que lhe é própria, com fundamentação elogiável, presta homenagem à garantia constitucional que, repita-se, milita não a favor do credor, mas do devedor, sendo excepcional a articulação de violência pelo primeiro. 3. Por tais, conheço do pedido formulado neste agravo, mas a ele nego acolhida. 4. Publique-se. Brasília, 24 de agosto de 1998. (Ministro Marco Aurélio — AI n. 220.15/PR, DJ de 7-10-98, p. 0026).

Do Superior Tribunal de Justiça promana idêntica interpretação, como se infere da decisão abaixo ementada:

Execução de título extrajudicial. Módulo rural. Penhora. Precedentes da Corte. Na linha de precedentes da Corte, não vulnera lei federal “a decisão que se utiliza do conceito de pequena propriedade, assim como definido na Lei n. 8.629/93, para considerar impenhorável área rural com 19 hectares”, nem que afasta o imóvel rural a que se refere o art. 649, X, do Código de Processo Civil, do conceito de fração mínima de parcelamento. No caso, sendo a área menor de 13 hectares, impõe-se a impenhorabilidade. 2. Recurso conhecido e provido (REsp. n. 149.363/PR, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, 3ª Turma).

Na mesma direção tem-se pelo menos outros dois julgados daquela Corte Superior:

DESPACHO: [...] Quanto à penhora, de fato “o ato jurídico praticado pelo agravante nenhuma garantia de hipoteca possui em seu favor, eis que a fração da área hipotecada é inferior ao módulo rural”, isto porque, segundo consta, “o auto de penhora foi lavrado sobre área de apenas 3 ha (constituída dentro de um todo maior de 80.000m<sup>2</sup>), não perfaz o módulo fiscal da região suficiente para contemplar a pretensão do agravante de penhorabilidade sobre o imóvel rural do agravado, ainda que hipotecada a área através da nota de crédito rural. Daí a incidência do art. 4º, § 2º, da Lei n. 8.009/90. Nego provimento ao agravo de instrumento. Publique-se (AIn. 253.483/RS, rel. Min. Nilson Naves, DJ de 11-2-2000, p. 00144, Terceira Turma).

EMENTA: Módulo rural. Impenhorabilidade. Execução. O imóvel rural impenhorável, de até um módulo, a que se refere o art. 649, X, do CPC, é o que tem as dimensões mínimas que assegurem ao pequeno agricultor e a sua família condições de sobrevivência, não se confundindo com o conceito de fração mínima de parcelamento. Tratando-se de norma protetiva do pequeno produtor, deve ser interpretada em favor dele (REsp. n. 66.672 RS, Recurso Especial 1995/0025449-2, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ de 30-10-1995, p. 6.774, 4ª Turma).

Para o correto deslinde da questão, insta distinguir módulo fiscal de módulo rural.

É módulo fiscal (aquele denominado como “Módulo” à fl. 55), para a interpretação do art. 185 da Constituição Federal e da Lei n. 8.629/93, o instituído pelo Decreto n. 84.685, cujo art. 4º assim o define:

Art. 4º O módulo fiscal de cada município, expresso em hectares, será fixado pelo Incra, por meio de Instrução Especial, levando-se em conta os seguintes fatores:

a) o tipo de exploração predominante no município:

I – hortifrutigranjeira;

II – cultura permanente;

III – cultura temporária;

IV – pecuária;

V – florestal;

b) a renda obtida do tipo de exploração predominante;

c) outras explorações existentes no município que, embora predominantes, sejam expressivas em função da renda ou da área utilizada;

d) o conceito de “propriedade familiar”, constante no art. 4º, item II, da Lei n. 4.504, de 30 de novembro de 1964.

§ 1º Na determinação de módulo fiscal de cada município, o Incra aplicará metodologia, aprovada pelo Ministério da Agricultura, que considere os fatores estabelecidos neste artigo, utilizando-se dos dados constantes do Sistema Nacional de Cadastro Rural.

§ 2º O módulo fiscal fixado na forma desse artigo será revisto sempre que ocorrerem mudanças na estrutura produtiva, utilizando-se os dados atualizados do Sistema Nacional de Cadastro Rural.

Já a definição de módulo rural (aquele denominado de FMP à fl. 55) acha-se na Lei n. 4.504/64, que considera a propriedade familiar:



[...] o imóvel rural que, direta e pessoalmente, explorado pelo agricultor e sua família, lhes absorva toda a força de trabalho, garantindo-lhes a subsistência e o progresso social e econômico, com área máxima fixada para região e tipo de exploração, e eventualmente trabalhado com a ajuda de terceiros.

No módulo fiscal tem-se a unidade mínima expressa em hectares como base de cálculo do ITR — Imposto Territorial Rural, ao passo que no módulo rural é permitido o fracionamento mínimo do solo rural para fins de seu parcelamento, ou seja, a denominada fração mínima de parcelamento (FMP), apta a permitir transmissão, a qualquer título, da propriedade.

A distinção faz-se relevante mercê de costumeira confusão entre os dois institutos.

Feitos tais esclarecimentos, é de concluir-se que o imóvel sob questão amolda-se ao que a Constituição da República define como “pequena propriedade rural”.

É também pressuposto da impenhorabilidade constitucional de que goza a pequena propriedade rural o labor familiar, na espécie claramente tipificado, não apenas porque improvada a existência de qualquer empregado, como também pelo fato de que o financiamento contraído o foi “com a finalidade de ampliar a produção de suínos terminados/ano, contemplando obras civis, implementos agrícolas e instalações, a expansão do plantel de suínos, bem como a construção de uma bioesterqueira, para sanar os problemas de meio ambiente, causados pelos dejetos de suínos, e propiciar seu aproveitamento racional como fertilizante” (contrato, fl. 21).

Contudo, ainda que, além da própria família, houvesse trabalhadores ocasionalmente contratados para laborar na propriedade, isso seria desimportante no caso, como se extrai do julgado adiante reproduzido:

PROCESSUAL CIVIL — PEQUENA PROPRIEDADE RURAL  
— IMPENHORABILIDADE — NULIDADE DA PENHORA

— PROSSEGUIMENTO DA EXECUÇÃO — HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DEVIDOS — É impenhorável a pequena propriedade rural se cultivada pelo proprietário e sua família (art. 5º, XXVI, da CF), pouco importando se, ocasionalmente, contratam eles trabalhadores assalariados para ajudá-los. Declarada a insubsistência da penhora e assegurada ao exequente a indicação de outros bens. Apelo dirigido tão-somente contra a condenação na verba honorária. [...] Apelação improvida (TRF 5ª R. – AC n. 96.206 – Rel. Juiz Castro Meira – j. em 10-6-1999).

Uma terceira exigência de índole constitucional, diretamente imbricada com a antes abordada, é a de que se trate de “penhora para pagamento de débitos decorrentes de [...] atividade produtiva” no próprio imóvel, sobre a qual nenhuma dúvida resta, porquanto o recurso financeiro tomado junto ao banco agravado o foi para potencializar os resultados da propriedade rural do agravante.

Sobre a quarta situação versada na norma constitucional, qual seja, a edição de lei que dispõe “sobre os meios de financiar o desenvolvimento (da pequena propriedade rural)”, cabe pontuar que até a presente data isto não se materializou, mas, de todo modo, quando isso acontecer, terá – a lei nova – de circunscrever-se, especificamente, aos ditos “meios de financiamento”, não lhe competindo, por óbvio, vir a dispor sobre eventual penhora que a Lei Maior é peremptória em coibir.

Satisfaz, destarte, o agravante, em plenitude, os pressupostos ditados pelo art. 5º, XXVI, da *Lex Legum*.

Outrossim, impende assentar que se está diante da “norma constitucional de eficácia plena”, que, no dizer de José Afonso da Silva (*Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 164 e ss.), tem validade jurídica imediata, direta e vinculante, traduzindo-se em dever para o legislador ordinário e, quando condicionada à regulamentação futura, esta não poderá ser contrária ao disposto no texto da Carta Magna, sob pena de flagrante inconstitucionalidade.

A impenhorabilidade aqui tratada, pode-se afirmar, concerne a postulados transcendentais, como o direito de propriedade, o direito adquirido, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho.

Por isso, bem apreciando a matéria, o Supremo Tribunal Federal proclamou:

IMPENHORABILIDADE DA PEQUENA PROPRIEDADE RURAL DE EXPLORAÇÃO FAMILIAR (CONST., ART. 5º, XXVI) – APLICAÇÃO IMEDIATA

1. A norma que torna impenhorável determinado bem desconstitui a penhora anteriormente efetivada, sem ofensa de ato jurídico perfeito ou de direito adquirido do credor: precedentes sobre hipótese similar.

2. A falta de lei anterior ou posterior necessária à aplicabilidade de regra constitucional – sobretudo quando criadora de direito ou garantia fundamental –, pode ser suprida por analogia: donde, a validade da utilização, para viabilizar a aplicação do art. 5º, XXVI, CF, do conceito de “propriedade familiar” do Estatuto da Terra (STF – RE 136.753-9 – RS – 1ª T. — rel. Min. Sepúlveda Pertence — DJU de 25-4-1997).

Na mesmíssima direção, tem-se, também da lavra do Ministro Sepúlveda Pertence, *decisum* assim substanciado:

Não ofende o art. 5º, XXVI, da CF decisão que, em face da não edição de lei regulamentadora nele mencionada, aplica analogicamente a definição de “propriedade familiar” constante do art. 4º, II, do Estatuto da Terra (Lei n. 4.504/64), conferindo, desse modo, plena eficácia à norma constitucional (RE 136.753/RS, j. em 13-2-1997).

Essa temática, com certeza, não deve deixar de ser enfrentada pelo julgador, como prelecionam Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco (*Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 242):

Os juízes podem e devem aplicar diretamente as normas constitucionais para resolver os casos sob sua apreciação. Não é necessário

que o legislador venha repetir ou esclarecer os termos da norma constitucional para que ela seja aplicada. O art. 5º, § 1º, da CF autoriza que os operadores do direito, mesmo à falta de comando legislativo, venham a concretizar os direitos fundamentais pela via interpretativa. Os juízes, mais do que isso, podem dar aplicação aos direitos fundamentais mesmo contra a lei, se ela não se conformar ao sentido constitucional daqueles.

A se entender de modo contrário, estaria despida de qualquer sentido a inserção da impenhorabilidade da pequena propriedade rural na Carta Maior. Seria letra morta. Reversamente, no entanto, por tratar-se de direito e garantia fundamental, tem aplicação imediata (art. 5º, § 1º, da CF).

Mas, a despeito de ser tão diáfana a disposição constitucional sobre a matéria, calha trazer à apreciação, neste comenos, o disposto no art. 649, X, do Código de Processo Civil, por conter regramento diverso. *Verbis*:

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* (grifei).

Ora, tal preceptivo, encartado no Digesto Procedimental Civil pela Lei n. 7.513, de 1986, dada sua incompatibilidade com a Constituição Federal, ao fazer exceção onde aquela não faz, deixou de ser por ela recepcionado.

Da mesma forma sucede com o estatuído no art. 3º, V, da Lei n. 8.009/90, quando determina:

Art. 3º

[...]

V – A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido:

[...]

V – *para execução de hipoteca sobre o imóvel oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar* (grifei).

Ao que se observa, a incompatibilidade vertical da exceção supragrifada com a regra constitucional geral da impenhorabilidade da pequena propriedade rural é inconteste.

Nesse sentido, aplica-se o escólio do inolvidável Pontes de Miranda:

Se a lei, em relação à Constituição, ou o decreto ou regulamento, em relação à lei, reproduz a regra jurídica hierarquicamente superior, com podamento, acréscimo, substituição, ou pontuação deformante, o Poder Legislativo, que editou tal lei, ou [...] que lançou tal decreto ou regulamento, exorbitou de suas funções, e é *nulo* o que se afasta do texto inserto, deturpando-o (*Comentários à Constituição de 1967*, tomo III, p. 312).

Logo, nula, de conseguinte, e portanto insubsistente, é como se apresenta a penhora levada a cabo.

Quanto à circunstância de o imóvel em tela haver sido dado como garantia hipotecária para a cédula rural, o Supremo Tribunal Federal assim decidiu:

CONSTITUCIONAL. PEQUENA PROPRIEDADE RURAL. IMPENHORABILIDADE. C.F., art. 5º, XXVI.

I – Pequena propriedade rural: impenhorabilidade: CF, art. 5º, XXVI.

II – RE inadmitido. Agravo não provido. Vistos. O acórdão recorrido desconstituiu a penhora realizada sobre o imóvel de propriedade do agravado, com fundamento na regra constitucional do art. 5º, XXVI.

Daí o RE, em que se alega violação ao artigo constitucional mencionado, que foi inadmitido. Destaco da decisão agravada: “[...] A Câmara, examinando as provas dos autos, concluiu: *apesar de o imóvel em questão ter sido dado em garantia hipotecária pelo agravante e em consequência não estar ao abrigo da Lei n. 8.009/90, que*

*garante a impenhorabilidade do bem de família, incide o dispositivo constitucional do art. 5º, inciso XXVI, que dispõe: 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 seu desenvolvimento. Assim, o acórdão não contrariou dispositivo constitucional. Ao revés, deu-lhe aplicação. Tampouco julgou válida lei contrária à Carta Magna, limitando-se a fazer incidir nela.* A decisão é de ser mantida. É que se examina, no recurso extraordinário, a questão constitucional invocada, a inscrita no art. 5º, XXVI, da Constituição Federal, que o acórdão recorrido deu aplicação. O mais é de direito comum, que não se discute em sede extraordinária. Nego provimento ao agravo (Agr. Reg. em Ag. Inst. n. 184.198-2/RS, rel. Min. Carlos Velloso, j. em 13-12-1996 — grifado).

De todo o exposto é imperioso reconhecer e proclamar a impenhorabilidade da pequena propriedade rural do agravante, constrictada à fl. 38.

## DECISÃO

Nesses termos, por votação unânime, dá-se provimento ao recurso para reformar a decisão de fls. 133-134 e tornar insubsistente a penhora incidente sobre a pequena propriedade rural do agravante, comunicando-se, de imediato, ao Juízo *a quo*.

O julgamento, realizado no dia 11 de dezembro de 2007, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Lédio Rosa de Andrade, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. José Carlos Carstens Köhler.

Florianópolis, 13 de dezembro de 2007.

João Henrique Blasi  
RELATOR

**Agravo de Instrumento n. 2007.029511-2, de Taió**

Relator: Des. João Henrique Blasi

AGRAVO DE INSTRUMENTO – ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA – CONSTITUIÇÃO EM MORA – BUSCA E APREENSÃO – MÁQUINAS AGRÍCOLAS – PEDIDO LIMINAR VETORIZADO À OBTENÇÃO DE EFEITO SUSPENSIVO – NÃO-COMPROVAÇÃO DA ESSENCIALIDADE DOS BENS CONSTRITADOS – RECURSO DESPROVIDO.

Não comprovada a essencialidade dos bens constritados, até em razão da existência de outros congêneres e constituído o devedor em mora, não é de ser deferido o efeito suspensivo almejado, nem tampouco revertida a busca e apreensão determinada (DL 911/69).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2007.029511-2, da comarca de Taió (Vara Única), em que é agravante Evaldo Machado e agravado Banco de Lage Landen Financial Services Brasil S.A.:

ACORDAM, em Quarta Câmara de Direito Comercial, por votação unânime, negar provimento ao recurso. Custas de lei.

**RELATÓRIO**

Evaldo Machado, por seus advogados Drs. Dean Jaison Eccher e Fabricio Ferreira, interpôs Agravo de Instrumento com pedido de efeito suspensivo (art. 527, III do CPC) contra decisão liminar proferida pelo MM. Juiz de Direito da comarca de Taió, Dr. Iolmar Alves Baltazar, em sede de cautelar de busca e apreensão proposta pelo Lavado Banco de Lage Landen Brasil S.A., por seu advogado Dr. João Bigolin.

A decisão agravada determinou a apreensão dos bens descritos na exordial, vale dizer, um trator e uma plaina agrícolas, bens estes adquiridos em face de contratos de financiamento inadimplidos. A medida liminar

requestada foi concedida, e os bens foram depositados em mãos de representante do agravado.

Inconformado, asseverou o agravante, em apertada síntese, que a apreensão dos bens vem ocasionando exacerbação da crise financeira com que já se defrontava, dada a imprescindibilidade deles à produção nas terras que cultivava.

Por despacho prolatado pelo eminente Des. Subst. Jaime Luiz Vicari foi indeferido o efeito suspensivo vindicado, ao fundamento de que não se desincumbiu, o agravante, de comprovar a presença da fumaça do bom direito a dar o necessário contorno de relevância para a causa, uma vez que não patenteada, nos autos, a indispensabilidade das máquinas agrícolas, fato apenas argüido.

Em contraminuta, o agravado, de seu turno, sustenta a manutenção do *decisum* recorrido, haja vista a constituição em mora e a existência de outros bens do devedor que podem substituir aqueles apreendidos.

## VOTO

A questão sob exame estabelece o seguinte questionamento: deve o bem permanecer na posse do devedor constituído em mora se imperativa sua utilização como instrumento de trabalho?

Referida questão foi bem enfrentada no despacho proferido pelo primitivo Relator, à luz da jurisprudência e legislação de regência, notadamente o Decreto-Lei. n. 911/69.

De fato, no Decreto-Lei citado (art. 3º) encontram-se listados os pressupostos para a concessão de medida liminar em tema de aquisição de bem com alienação fiduciária, dispondo tal preceptivo que, para ver-se novamente reintegrado na posse do bem apreendido, terá o fiduciante que adimplir a dívida em sua integralidade. *Verbis*:



Art. 3º O proprietário fiduciário ou credor poderá requerer contra o devedor ou terceiro a busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente, a qual será concedida liminarmente, desde que comprovada a mora ou o inadimplemento do devedor.

[...]

§ 2º No prazo do § 1º, o devedor fiduciante poderá pagar a integralidade da dívida pendente, segundo os valores apresentados pelo credor fiduciário na inicial, hipótese na qual o bem lhe será restituído livre do ônus. (Parágrafo com redação determinada pela Lei n. 10.931, de 2-8-2004, DOU 3-8-2004).

Ademais, à espécie aplica-se o seguinte julgado deste Tribunal de Justiça:

**AGRAVO DE INSTRUMENTO – ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA – RESCISÃO DE CONTRATO – NOTIFICAÇÃO – BUSCA E APREENSÃO – LIMINAR – PERMANÊNCIA DO BEM NAS MÃOS DO DEVEDOR – IMPOSSIBILIDADE DE DEFERIMENTO DO PEDIDO – RECURSO DESPROVIDO**

[...] 2. [...]. Comprovada a mora, não pode ser negada a liminar de busca e apreensão, pois é direito subjetivo do credor. E, “sem a execução da medida liminar, nenhuma defesa poderá ser apreciada pelo Juiz, mesmo que se verifique o comparecimento espontâneo do Réu em Juízo” (JB 17/271).

3. Somente em situações excepcionalíssimas é possível obstar a concessão de liminar de busca e apreensão ou sustar o seu cumprimento. Além da plausibilidade (*fumus boni juris*) dos fundamentos do pedido formulado pelo devedor em contraposição ao direito, já constituído, do credor, deve o Juiz condicionar o deferimento da medida ao prévio depósito do total da dívida, liberando, desde logo, a parte incontroversa.

4. “A busca e apreensão prevista para ser concedida liminarmente na ação autônoma de busca e apreensão do Decreto-lei n. 911, de 1969 é pressuposto processual específico de desenvolvimento válido daquele processo, implicando em afronta à lógica do sistema protetivo criado pelo decreto acima a nomeação do próprio devedor como depositário judicial, o qual já é o depositário legal do mesmo bem” (JTACivSP 165/282)” (Agravado de Instrumento

n. 98.000550-7, de Joaçaba, rel. Des. Newton Trisotto) (sem grifos no original).

É bem verdade que existem arestos que ostentam deslinde diverso do acima posto, alguns deles, inclusive, catalogados na petição recursal, contudo, na espécie, diversamente do versado naqueles julgados, não logrou o agravante provar, *quantum satis*, a essencialidade dos bens apreendidos para o desempenho de sua atividade.

E mais: reversamente, desincumbiu-se o agravado da prova de que o agravante possui outros dois tratores agrícolas, como se infere da ficha cadastral de fl. 70 os quais, pelas dimensões de suas terras, seriam bastantes.

Assim, irreparável se afigura a decisão objurgada.

Diante disso, ante à ausência do *periculum in mora*, pressuposto indispensável à concessão da tutela pleiteada, havendo comprovação da existência de outros bens que podem ser utilizados no exercício da atividade agrícola do agravado, e constituído este em mora, tem-se pela improcedência do agravo de instrumento manejado.

## DECISÃO

Ante o expendido, por votação unânime, é negado provimento ao recurso, mantendo-se íntegra a decisão prolatada pelo MM. Magistrado *a quo*.

O julgamento, realizado no dia 11 de dezembro de 2007, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Leedio Rosa de Andrade, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Carstens Köhler.

Florianópolis, 13 de dezembro de 2007.

João Henrique Blasi  
Relator

## APELAÇÕES CÍVEIS

### **Apelação Cível n. 2006.008632-1, de São Carlos**

Relator: Des. José Carlos Carstens Köhler

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE EXECUÇÃO INSTRUÍDA COM CÓPIA XEROGRÁFICA DE NOTA PROMISSÓRIA – PRINCÍPIO DA CARTULARIDADE – NECESSIDADE DA APRESENTAÇÃO DO TÍTULO ORIGINAL – AUSÊNCIA DE OPORTUNIDADE DA EMENDA À INICIAL – INTELIGÊNCIA DO ART. 616 DO CPC – SENTENÇA CASSADA – RECURSO PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2006.008632-1, da comarca de São Carlos, em que são apelantes Norberto Carlos Capelezzo e outro, e apelados Eloir Antônio Rossatto e outro:

ACORDAM, em Quarta Câmara de Direito Comercial, por votação unânime, dar provimento ao recurso. Custas na forma da lei.

### RELATÓRIO

No Juízo de Direito da comarca de São Carlos, Norberto Carlos Capelezzo e Mário Capelezzo promoveram ação de execução contra Eloir Antônio Rossatto e Luíza Andrei Rossatto – Autos n. 059.02.001081-6 – com o fim de obter o pagamento do valor consignado na cópia da nota promissória juntada aos autos à fl. 6.

Os executados apresentaram embargos à execução (fls. 2-5 – Autos n. 059.03.000228-0) sustentando, preliminarmente, que: a) a execução padece de nulidade em razão da ausência de exibição do título executivo extrajudicial original; b) a cópia de referido título não satisfaz os requisitos mínimos para sua validade descritos no Decreto n. 2.044/08; c) não

foi apresentado o demonstrativo de débito, situação que gera nulidade ante a ausência de liquidez do título, bem como obsta o direito de ampla defesa. No mérito, pugnaram pela improcedência da ação de execução, ressaltando que o valor do débito alegado pelos embargados é superior à quantia realmente devida.

Os exeqüentes ofereceram impugnação aos embargos (fls. 8-12), aduzindo, em síntese, que: a) a via original da nota promissória encontrasse na posse da autoridade policial a fim de ser apurado suposto crime de estelionato; b) o título extrajudicial é válido; c) o reajuste do débito foi claramente demonstrado na inicial do processo de execução.

Em resposta ao ofício enviado pelo Juízo *a quo* (fl. 17 – Autos n. 059.03.000228-0), a autoridade policial noticiou a inexistência do procedimento investigativo citado pelos exeqüentes (fl. 20).

Embora devidamente intimadas, mediante ato ordinatório (fl. 21), as partes não se manifestaram sobre o conteúdo do ofício recebido da delegacia de polícia (fl. 25).

O Togado de origem julgou, na forma do art. 269, I, do Código de Processo Civil, procedentes os embargos do devedor, determinando a extinção do processo de execução, bem como a cautelar de arresto – Autos n. 059.02.000956-7 –, em razão da perda de objeto (fls. 27-28).

Inconformados, os embargados apelaram (fls. 33-43) sustentando, em síntese, que: a) em que pese tenha sido propiciado prazo de cinco dias para manifestação acerca da resposta do ofício da delegacia de polícia, não foi aplicado o art. 284 do CPC; b) os apelados não alegaram a inexistência da dívida; c) os documentos juntados ao presente Recurso atestam que o título original está efetivamente em posse da autoridade policial; d) não haveria a possibilidade de a cártula original entrar em circulação em razão de estar instruindo investigação criminal; e) a cópia da promissória foi autenticada pela escritã da delegacia de polícia (fl. 6 – autos de execu-

ção). Por fim, requereram a mitigação dos honorários fixados na sentença guerreada.

## VOTO

A irresignação merece ser provida.

É cediço que a execução de títulos de crédito deve ser procedida mediante a apresentação da cópia original, uma vez que se pressupõe que aquele que está na sua posse é o detentor dos benefícios nela consignados.

Sobre o tema cai à fiveleta o escólio de Fábio Ulhoa Coelho:

Para que o credor de um título de crédito exerça os direitos por ele representados é indispensável que se encontre na posse do documento (também conhecido como cópia). Sem o preenchimento dessa condição, mesmo que a pessoa seja efetivamente a credora, não poderá exercer o seu direito de crédito valendo-se dos benefícios do regime jurídico-cambial. Por isso é que se diz, no conceito de título de crédito, que ele é um documento *necessário* para o exercício do direito nele contido. Como aplicação prática desse princípio, tem-se a impossibilidade de se promover a execução judicial do crédito representado instruindo-se a petição inicial com cópia xerográfica do título de crédito. A execução – assim também o pedido de falência baseado na impontualidade do devedor – somente poderá ser ajuizada acompanhada do original do título de crédito, da própria cópia, como garantia de que o exequente é o credor, de que ele não negociou o seu crédito. Este é o princípio da cartularidade (*Manual direito de comercial: direito de empresa*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 233-234).

Todavia, a ausência da apresentação do título original na execucional não enseja, a princípio, sua extinção, já que, conforme dispõe o art. 616 do Código de Processo Civil, compete ao Magistrado dar oportunidade aos exequentes para emendar a inicial com os documentos necessários.

Compulsando os autos, vê-se que, em desatenção ao princípio da cartularidade, o processo de execução foi aparelhado com fotocópia da nota promissória sob a justificativa – apresentada tanto no processo de execução quanto nos embargos – de que a original estava instruindo investigação criminal.

Enfatize-se que os Autos de Arresto n. 059.02.000956-7 estão instruídos com uma nota promissória valorada em R\$ 800,00 (oitocentos reais) (fl. 13). Contudo, esse título refere-se à caução efetuada pelos exeqüentes em razão do depósito de animais em sua guarda (fls. 17-18).

Desse modo, o Togado *a quo* deveria, ante a constatação de que a demanda executiva não estava devidamente instruída, ter concedido prazo para a juntada dos documentos necessários ao curso da executiva, e somente proceder à extinção desta em caso de inércia da parte.

Merece destaque que a aplicação de referido dispositivo é possível mesmo quando interpostos embargos à execução, em atenção à celeridade e à instrumentalidade do processo.

Nesse sentido, já proclamou o Superior Tribunal de Justiça:

EMBARGOS À EXECUÇÃO. CONTRATO DE RENEGOCIAÇÃO DE OPERAÇÃO DE CRÉDITO. DEMONSTRATIVO DO DÉBITO INCOMPLETO. DILIGÊNCIA DO ARTIGO 616, CPC. CABIMENTO. PRECEDENTES.

Seguindo entendimento assente nesta eg. Corte, considerando o juiz incompletos ou insuficientes os documentos ou cálculos apresentados pelo credor, tem lugar a emenda da inicial da ação executiva e não a extinção do processo, ainda que já opostos os embargos do devedor, caso em que, regularizado o vício, deve ser oportunizado ao embargante o aditamento dos embargos. Recurso especial conhecido e provido (REsp. n. 440.719, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 7-11-02).

Na mesma alheta, caminha o entendimento deste Areópago Estadual:

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE EMBARGOS À EXECUÇÃO – TERMO DE CONFISSÃO DE DÍVIDA – TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL – SÚMULA 300 DO STJ – SENTENÇA QUE EXTINGUIU O PROCESSO CASSADA – DEMONSTRATIVO DO DÉBITO INCOMPLETO – ART. 616 DO CPC – EMENDA À PETIÇÃO INICIAL – POSSIBILIDADE APÓS O OFERECIMENTO DOS EMBARGOS – PRINCÍPIOS DA INSTRUMENTALIDADE E DA ECONOMIA PROCESSUAL – RECURSO PROVIDO.

A teor do disposto na Súmula 300 do STJ, o termo de confissão de dívida constitui título executivo extrajudicial.

“Quando a exordial estiver desacompanhada dos documentos indispensáveis à propositura da execução, admite-se a juntada, mesmo após a citação do devedor, nos termos do artigo 616 do Código de Ritos, em face dos princípios da celeridade e da instrumentalidade do processo” (Ap. Cív. n. 2002.012689-1, de Concórdia, rel. Des. Fernando Carioni, DJ de 11-5-04) (Ap. Cív. 2004.031590-3, rel. Des. Ricardo Fontes, j. 19-10-06).

E ainda:

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE EXECUÇÃO – NOTA PROMISSÓRIA – FOTOCÓPIA – NECESSIDADE DO TÍTULO ORIGINAL – PRINCÍPIO DA CARTULARIDADE – POSTERIOR JUNTADA DE DOCUMENTOS – POSSIBILIDADE – EMENDA À INICIAL NÃO OPORTUNIZADA – MEDIDA IMPERIOSA A TEOR DO DISPOSTO NO ART. 616 DO CPC – SENTENÇA CASSADA.

Para a propositura da demanda executória, fulcrada em nota promissória, circulável por endosso, torna-se imperiosa a emenda à peça inicial da execução por intermédio da juntada aos autos dos originais dos títulos, na qualidade de documentos indispensáveis à propositura da ação. Tal providência, a ser determinada pelo órgão julgante, encontra arrimo no artigo 616 do Código de Processo Civil, de modo que eventual renitência do credor autoriza a extinção da execucional pelo indeferimento da exordial (Ap. Cív. n. 2003.019608-0, rela. Desa. Salette Silva Sommariva, j. 27-4-06).

Destarte, a sentença proferida em embargos à execução deve ser cassada, determinando-se o retorno dos autos à origem para dar oportunidade aos exeqüentes de apresentação do título original, no prazo de 10 (dez) dias, sob pena de sua inércia importar na extinção da execucional, e deve ser reaberto prazo para que os executados, querendo, ofereçam novos embargos ao devedor.

### DECISÃO

Ante o exposto, por unanimidade, dá-se provimento ao recurso para cassar a r. sentença, determinando-se o retorno dos autos à origem para dar oportunidade aos exeqüentes, nos termos do art. 616 do CPC, de emenda da inicial, no prazo de 10 (dez) dias, sob pena de sua inércia importar na extinção da execucional; procede-se à reabertura de prazo para que os executados, querendo, ofereçam novos embargos ao devedor ou ratifiquem os já vertidos.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Lédio Rosa de Andrade, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. João Henrique Blasi.

Florianópolis, 4 de dezembro de 2007.

Carstens Köhler  
Relator



**Apelação Cível n. 2007.016655-0, de Criciúma**

Relator: Des. Carstens Köhler

AÇÃO DE EXECUÇÃO. INSTRUMENTO DE CONFISSÃO DE DÍVIDA. TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL. INTELIGÊNCIA DO ART. 585, INCISO II, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. SÚMULA 300 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. JUÍZO DE ORIGEM QUE EXTINGUE O PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO, COM ESPEQUE NO INCISO I DO ART. 618 DO CÂNONE PROCESSUAL CIVIL. REFORMA IMPERATIVA. POSSIBILIDADE DE DISCUSSÃO DE EVENTUAIS ILEGALIDADES DOS CONTRATOS ANTERIORES RENEGOCIADOS. SÚMULA 286 DO STJ. NECESSIDADE DE ABERTURA DE PRAZO PARA QUE O CREDOR EMENDE A INICIAL. ART. 616 DO CÓDIGO BUZAID. RECURSO PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2007.016655-0, da comarca de Criciúma (3ª Vara), em que é apelante Sponchiado Administradora de Consórcios Ltda., e apelados Claudio de Souza Silva, Antonio Artur Silva e Eraci de Souza Silva:

ACORDAM, em Quarta Câmara de Direito Comercial, por unanimidade, dar provimento ao recurso. Custas na forma da lei.

**RELATÓRIO**

No Juízo da 3ª Vara Cível da comarca de Criciúma, Sponchiado Administradora de Consórcios Ltda. promoveu ação de execução contra Claudio de Souza Silva, Antonio Artur Silva e Eraci de Souza Silva, aparelhada por escritura pública de compra e venda, confissão de dívida e garantia hipotecária (fls. 24-28), atingindo o débito R\$ 156.618,75

(cento e cinquenta e seis mil, seiscentos e dezoito reais e setenta e cinco centavos), em 6-1-07.

Requeru a expedição de mandado de citação para pagamento, sob pena de ser penhorado o imóvel dado em hipoteca como garantia da dívida, descrito na escritura mencionada (fls. 2-6).

O Juiz Substituto em exercício na referida unidade judiciária extinguiu o processo sem julgamento do mérito, com a compreensão de que o feito não estaria instruído com título executivo líquido, certo e exigível (art. 618, inciso I, do Digesto Processual Civil) (fls. 50-53).

Inconformada, a exeqüente apelou (fls. 56-66) sustentando, em síntese, que o documento acostado às fls. 24-28 trata-se de verdadeiro título executivo extrajudicial, nos termos do inciso II do art. 585 do Código de Processo Civil e de acordo com o posicionamento já pacificado no enunciado da Súmula 300 do Superior Tribunal de Justiça.

Ponderou, ainda, que eventual documento ilegível impunha ao Julgador a emenda da exordial.

## VOTO

O apelo merece provimento, porquanto a ação executiva foi manejada com título executivo extrajudicial líquido, certo e exigível, nos exatos termos do art. 585, inciso II, do Código de Processo Civil, o qual dispõe:

São títulos executivos extrajudiciais:

[...]

II – a escritura pública ou outro documento público assinado pelo devedor; o documento particular assinado pelo devedor e por duas testemunhas; o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública ou pelos advogados dos transatores.

Com efeito, consta às fls. 24-28 cópia fotostática de escritura pública de compra e venda, confissão de dívida e garantia hipotecária, documento que se subsume ao dispositivo legal supracitado.

Acerca da matéria, já assentou esta Corte Estadual:

APELAÇÃO CÍVEL – EXECUÇÃO – INSTRUMENTO PARTICULAR DE CONFISSÃO DE DÍVIDA – ENTENDIMENTO ADOTADO PELA CÂMARA NO SENTIDO DE RECONHECER COMO TÍTULO EXECUTIVO O INSTRUMENTO DE RENEGOCIAÇÃO, AINDA QUE ORIUNDO DE CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO EM CONTA-CORRENTE – SÚMULA 300 DO STJ – PROSSEGUIMENTO DA AÇÃO – RECURSO PROVIDO (Ap. Cív. n. 2003.030768-0, rel. Des. Alcides Aguiar, j. 17-5-07).

Ainda:

APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. CONFISSÃO DE DÍVIDA. SÚMULA 300 DO STJ. TÍTULO LÍQUIDO, CERTO E EXIGÍVEL. EXTINÇÃO DO PROCESSO. DESCABIMENTO. SENTENÇA CASSADA. ART. 515, § 3º, DO CPC. INAPLICABILIDADE.

1. A Súmula 300 do Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento segundo o qual “o instrumento de confissão de dívida, ainda que originário de contrato de abertura de crédito, constitui título executivo extrajudicial”.

2. “Inviável o julgamento *per saltum* com base no disposto no art. 515, § 3º, do CPC, quando a causa não se encontra em condições de imediato julgamento, o que ocorre nas hipóteses em que os documentos necessários à averiguação do mérito debatido em sede de embargos não instruem o caderno processual” (Ap. Cív. n. 2000.007989-8, de Curitiba, rel. Des. Marco Aurélio Gastaldi Buzzi, j. em 20-5-2004) (Ap. Cív. n. 2006.038115-9, rel. Des. Salim Schead dos Santos, j. 5-7-07).

Igualmente:

Direito processual civil. Agravo no recurso especial. Execução. Embargos do devedor. Confissão de dívida. Oriunda de contrato de abertura de crédito. Título extrajudicial.

— A confissão de dívida é título hábil para a execução e goza de plena liquidez, certeza e exigibilidade, constituindo-se, portanto, título executivo extrajudicial.

Negado provimento ao agravo no recurso especial (AgReg no REsp. n. 867071/SC, rela. Mina. Nancy Andrighi, DJU de 19-3-07).

Da mesma forma, o tema encontra-se pacificado no Superior Tribunal de Justiça, de acordo com o enunciado da Súmula 300, se não, confira-se: “O instrumento de confissão de dívida, ainda que originário de contrato de abertura de crédito, constitui título executivo extrajudicial”.

De outra banda, ante a assertiva deduzida na r. sentença de que “*a exeqüente sequer anexou cópia do contrato entabulado entre as partes, sendo muitas das cláusulas dispostas no documento de fls. 14-24 ilegíveis [sic]*” (fl. 51), competia à primeira instância determinar a abertura de prazo para que a credora emendasse a inicial, nos termos do art. 616 do Código de Processo Civil.

Nessa senda:

EMBARGOS INFRINGENTES. EMBARGOS À EXECUÇÃO. CONTRATO DE CONFISSÃO DE DÍVIDA. AJUIZAMENTO DA AÇÃO DE EXECUÇÃO. DOCUMENTOS INDISPENSÁVEIS. AUSÊNCIA. EXTINÇÃO DE OFÍCIO. DESCABIMENTO. EMENDA À PETIÇÃO INICIAL. POSSIBILIDADE.

Apresentando-se a exordial desprovida dos documentos indispensáveis ao ajuizamento da ação executiva, deve o juiz oportunizar que o credor a corrija, no prazo de 10 (dez) dias, mesmo após o oferecimento dos embargos, a teor do disposto no artigo 616 e no parágrafo único do artigo 284, ambos do Código de Processo Civil, e em obediência aos princípios da celeridade e da instrumentalidade do processo (Embargos Infringentes n. 2002.015444-5, rel. Des. Salim Schead dos Santos, j. 13-6-07).

Assim se procedendo, possibilita-se a discussão, se manejados embargos do devedor, de eventuais ilegalidades contratadas anteriormente. A propósito, eis a Súmula 286 do Superior Tribunal de Justiça: “A renegociação de contrato bancário ou a confissão da dívida não impede a possibilidade de discussão sobre eventuais ilegalidades dos contratos anteriores”.

Dessa forma já decidiu este Areópago Estadual:

EXECUÇÃO. ESCRITURA PÚBLICA DE CONFISSÃO DE DÍVIDA. EMBARGOS ACOLHIDOS. EXTINÇÃO PRONUNCIADA. CONTRATOS RENEGOCIADOS. ENTRANHAMENTO NOS AUTOS. NÃO OPORTUNIZAÇÃO. JULGAMENTO CONVERTIDO EM DILIGÊNCIA.

Em atenção ao princípio da instrumentalidade, considerada também a norma do art. 616 do CPC, não deve o julgador extinguir processo de execução subsidiado em escritura pública de confissão de dívidas, impondo-se a precedente oportunidade ao exequente da necessária complementação documental, com a inserção nos autos do contrato ou documentos que geraram o débito confessado, com a demonstração integral da evolução do débito desde a sua nascente. Isso porquanto, viável se afigura, em tal hipótese, a revisão dos valores e encargos utilizados para a composição do débito final. Não ensejada oportunidade para essa complementação documental na instância singular, impõe-se convertido o julgamento recursal em diligência para tal fim (Ap. Cív. n. 2006.032172-0, rel. Des. Trindade dos Santos, j. 13-9-07).

Saliente-se, ademais, que apenas empós a concessão do prazo para o adimplemento da determinação e operando-se o descumprimento da exigência judicial é que se torna lícita a extinção do processo, conforme posicionamento já deflagrado neste Sodalício, se não, confira-se:

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE EXECUÇÃO – CONTRATO DE CONFISSÃO DE DÍVIDA – EMENDA À PETIÇÃO INICIAL DETERMINADA PARA A JUNTADA DOS CONTRATOS RENEGOCIADOS – PROVIDÊNCIA NÃO ATENDIDA PELO BANCO – INDEFERIMENTO DA EXORDIAL – ARTS. 284, 295, VI, E 616, DO CPC – SENTENÇA EXTINTIVA DO FEITO MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO.

É lícito ao Magistrado indeferir a petição inicial, à vista do art. 284 e 295, VI, e 616, todos do CPC, quando a decisão que determina a sua emenda deixa de ser atendida pelo exequente (Ap. Cív. n. 2006.008017-8, rel. Des. Ricardo Fontes, j. 19-4-07).

Como se vê, preenchidos os pressupostos da certeza, exigibilidade e liquidez do documento que aparelhou o feito, assim como a relação jurídica entre credora e devedores, o prosseguimento da execução é medida que se impõe – *caput* do art. 586 do CPC – com abertura de prazo para que a exequente em 30 (trinta) dias apresente os contratos ou documentos que originaram a dívida renegociada, com a demonstração por completo da evolução do débito desde o seu nascedouro.

É o quanto basta.

#### DECISÃO

Diante do exposto, por unanimidade, dá-se provimento ao apelo para cassar a sentença de fls. 50-53, determinando o prosseguimento da ação executiva, com abertura de prazo de 30 (trinta) dias para que a credora apresente os contratos ou documentos que originaram a dívida renegociada, com a demonstração por completo da evolução do débito desde o seu nascedouro.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Lédio Rosa de Andrade, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. João Henrique Blasi.

Florianópolis, 4 de dezembro de 2007.

Carstens Köhler

Relator

# PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

## AGRAVOS DE INSTRUMENTO

### **Agravo de Instrumento n. 2007.022754-2, de Ponte Serrada**

Relator: Des. Volnei Carlin

AÇÃO CIVIL PÚBLICA — CONCESSÃO DE LIMINAR — AGRAVO DE INSTRUMENTO — NEPOTISMO – AUSÊNCIA DE LEI MUNICIPAL ACERCA DO TEMA – DESNECESSIDADE – EXEGESE DO ART. 37, *CAPUT*, DA CRFB.

A inexistência de lei que regulamente o nepotismo no âmbito municipal não pode servir de pálio para que o Administrador dê provimento aos cargos comissionados da maneira que lhe aprouver.

É a Carta Magna que fornece os lindes da temática, quando erige os princípios da impessoalidade, moralidade e eficiência à condição de preceitos norteadores da atividade estatal.

CARGOS DE PROVIMENTO EM COMISSÃO – NEPOTISMO – GRAU DE PARENTESCO CONFIGURADO – VEDAÇÃO EXTENSÍVEL AOS PODERES EXECUTIVO, LEGISLATIVO E JUDICIÁRIO — *FUMUS BONI JURIS* E *PERICULUM IN MORA* CARACTERIZADOS.

As restrições dedutíveis dos princípios do art. 37, *caput*, da CE destinam-se a todos os Poderes da República, os quais estão indistintamente adstritos às amarras impostas pelo Constituinte. Assim, observado o grau de parentesco havido entre o agente polí-

tico e ocupantes de cargos de provimento em comissão, impende exonerá-los, a bem da transparência no trato da coisa pública.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2007.022754-2, da comarca de Ponte Serrada (Vara Única), em que é agravante o município de Vargeão, e agravado o Ministério Público do Estado de Santa Catarina:

ACORDAM, em Primeira Câmara de Direito Público, por votação unânime, desprover o recurso. Custas na forma da lei.

### RELATÓRIO

O município de Vargeão interpôs agravo de instrumento contra decisão interlocutória que, nos autos de ação civil pública movida pelo Ministério Público, deferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela, para determinar que o agravante, no prazo de 30 (trinta) dias, exonere todos os agentes públicos ocupantes de cargo em comissão, função de confiança e emprego de contratação temporária que sejam cônjuges, companheiros ou parentes — consangüíneos em linha reta ou colateral até o terceiro grau, ou por afinidade, em linha reta até o terceiro grau, ou em linha colateral até o segundo grau — do Prefeito, do Vice-Prefeito, dos Secretários do Poder Executivo e dos titulares de cargos que lhes são equiparados, dos dirigentes dos órgãos da Administração Pública direta e indireta municipal, sob pena de multa.

Afirma o agravante, no entanto, que não há, *in casu*, violação ou descumprimento de nenhum dispositivo legal, bem como dos princípios insculpidos no art. 37, *caput*, da Carta Magna.

Salienta que a Resolução n. 7, exarada pelo Conselho Nacional de Justiça, cujo teor veda a prática do nepotismo no Poder Judiciário, é destituída de efeito vinculante para o Executivo, não obstante tenha sido declarada, em cautelar, constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, no



bojo da ADC/MC n. 12/DF. Ressalta, ainda, que o município de Vargêo não possui legislação específica sobre o tema, tampouco se sujeita ao poder normativo do CNJ.

Disserta acerca da qualificação técnica dos agentes públicos ocupantes de funções comissionadas, asseverando que a nomeação não se deu com base no critério parental, mas, sim, na sua competência e experiência administrativas.

Ressalta que existem, nos quadros do Ente Público local, apenas três cargos ocupados por pessoas que possuem parentesco com o gestor, dos quais dois são de provimento em comissão, portanto de livre nomeação e exoneração. Ao final, pugna pela reforma do *decisum*.

Às fls. 175-180, foi concedido efeito suspensivo.

Regularmente intimado (fl. 184v.), o agravado deixou transcorrer *in albis* o prazo para apresentar a contraminuta (fl. 185).

A Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Anselmo Jerônimo de Oliveira, opinou pelo conhecimento e desprovimento do recurso (fls. 188-199).

## VOTO

A controvérsia em apreço versa sobre a legalidade da exoneração, *initio litis*, dos agentes públicos ocupantes de cargo em comissão, função de confiança e emprego de contratação temporária que sejam cônjuges, companheiros ou parentes — consangüíneos em linha reta ou colateral até o terceiro grau, ou por afinidade, em linha reta até o terceiro grau, ou em linha colateral até o segundo grau — do Prefeito, do Vice-Prefeito, dos Secretários do Poder Executivo e dos titulares de cargos que lhes são equiparados, dos dirigentes dos órgãos da Administração Pública direta e indireta municipal de Vargêo.

Antes de mais nada, impende registrar que a tutela inibitória contra a qual se insurge o recorrente foi concedida à luz dos preceitos do art. 461 do Código de Processo Civil.

Nessa senda, pontifica o § 3º do mencionado dispositivo:

*§ 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada (grifou-se).*

Desse modo, diferentemente dos requisitos exigidos pelo art. 273 do mesmo Diploma, o provimento interlocutório ora questionado há de ser analisado sob o prisma do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*.

Sobre o tema, esclarecem Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery:

A tutela específica pode ser adiantada, por força do CPC 461 § 3º, desde que seja relevante o fundamento da demanda (*fumus boni iuris*) e haja fundado receio de ineficácia do provimento final (*periculum in mora*). É interessante notar que, para o adiantamento da tutela de mérito, na ação condenatória em obrigação de fazer ou não fazer, a lei exige menos do que para a mesma providência na ação de conhecimento *tout court* (CPC 273). É suficiente a mera probabilidade, isto é, a relevância do fundamento da demanda, para a concessão da tutela antecipatória da obrigação de fazer ou não fazer, ao passo que o CPC 273 exige, para as demais antecipações de mérito: a) a prova inequívoca; b) o convencimento do juiz acerca da verossimilhança da alegação; c) ou o *periculum in mora* (CPC 273 I) ou abuso do direito de defesa do réu (CPC 273, II) (*Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 587).

Resta aferir, portanto, se as exigências em tela foram adimplidas.

Pois bem, consoante se infere dos documentos de fls. 69-74, três parentes do Prefeito de Vargeão ocupam cargos comissionados ou de contratação temporária na Administração local: Terezinha Danielli Lorenzetti

(cônjuge), Volmir Felipe (sobrinho) e Aline Pasquali (sobrinha). Esta última é professora contratada em regime excepcional e os dois primeiros são Secretários Municipais.

É cediço que muitas têm sido as iniciativas encetadas em todo o país a fim de coibir uma prática tão arraigada na cultura política brasileira: o nepotismo. Por certo, a expressão que causa ojeriza em alguns anda em voga nos dias atuais e, em determinados casos, é maltratada pelo seu excessivo emprego na linguagem coloquial.

Tais investidas, em que pese se afigurarem por vezes radicais, merecem a acolhida desta Corte, porquanto privilegiam, em sua maioria, os ditames da pedra angular do ordenamento jurídico.

Ora, a Carta Magna homenageia, com tintas fortes, o princípio da isonomia. Além da regra geral contida no *caput* do art. 5º, tem-se, ainda, a específica, segundo a qual os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos previstos em lei, e deve a investidura, excetuados os cargos de provimento em comissão, ser precedida de concurso público de provas ou de provas e títulos.

Além disso, nos termos do art. 37, *caput*, da Consituição da República, é indubitável que a atuação do gestor deve ter como norte, dentre outros, os princípios da moralidade administrativa, da eficiência e da impessoalidade.

Como se vê, em 1988, o espírito do Constituinte estava imbuído de preocupação. Várias são as passagens, no texto maior, cujo teor denota seu expressivo intento de elidir condutas incompatíveis com a transparência no trato da coisa pública.

Assim sendo, ao contrário do que assevera o agravante, longe de inexistir regramento específico acerca do nepotismo, é a própria Lei Maior

que fornece os contornos da temática. Por certo, a proibição emana, sobretudo, dos dispositivos constitucionais citados.

Nesse sentido, já decidiu o Supremo Tribunal Federal:

CARGOS DE CONFIANÇA — PARENTESCO — NOMEAÇÃO E EXERCÍCIO — PROIBIÇÃO — EMENDA CONSTITUCIONAL — ADI — LIMINAR.

A concessão de liminar pressupõe a relevância do pedido formulado e o risco de manter-se com plena eficácia o preceito. Isso não ocorre quando o dispositivo atacado, de índole constitucional, confere ao tema chamado “nepotismo” tratamento uniforme nos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, proibindo o exercício do cargo pelos parentes consangüíneos e afins até o segundo grau, no âmbito de cada Poder, dispondo sobre os procedimentos a serem adotados para cessação das situações existentes (ADIn – MC n. 1.521/RS, rel. Min. Marco Aurélio. j. em 12-3-1997).

Do corpo do aresto, extrai-se:

Pois bem, não há mesmo como olvidar as radicais transformações por que passa o Brasil. Colhemos os frutos benfazejos da democracia madura. E esperamos muito tempo por isso. *O povo brasileiro já não tateia, mergulhado nas trevas da ignorância e conseqüente subserviência, em busca da mão ditadora e assistencialista. Procura, sim, firmeza na condução da nau, sem despotismo, porém. O brasileiro de hoje não mais implora pelos seus naturais direitos, exige-os.*

*É esse o contexto no qual exsurgem as leis que, em última instância, indo ao encontro do anseio popular pela afirmação definitiva da moralidade como princípio norteador das instituições públicas, atuam como diques à contenção da ancestral ambição humana [...]. Ora, como é possível compatibilizar tais assertivas com a possibilidade de nomeação de parentes próximos para ocupar importantes – e até estratégicas – cargos de direção nas repartições públicas comandadas pelo protetor? (grifou-se) (fls. 163-164).*

Recentemente, pronunciou-se a Corte Suprema:

AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE, AJUIZADA EM PROL DA RESOLUÇÃO N. 7, de 18-10-2005,

## DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. MEDIDA CAUTELAR.

O ato normativo que se faz de objeto desta ação declaratória densifica apropriadamente os quatro citados princípios do art. 37 da Constituição Federal, razão por que não há antinomia de conteúdos na comparação dos comandos que se veiculam pelos dois modelos normativos: o constitucional e o infraconstitucional. Logo, o Conselho Nacional de Justiça fez adequado uso da competência que lhe conferiu a Carta de Outubro, após a Emenda 45/04. Noutro giro, os condicionamentos impostos pela Resolução em foco não atentam contra a liberdade de nomeação e exoneração dos cargos em comissão e funções de confiança (incisos II e V do art. 37). Isto porque a interpretação dos mencionados incisos não pode se desapegar dos princípios que se veiculam pelo *caput* do mesmo art. 37. *Donde o juízo de que as restrições constantes do ato normativo do CNJ são, no rigor dos termos, as mesmas restrições já impostas pela Constituição de 1988, dedutíveis dos republicanos princípios da impessoalidade, da eficiência, da igualdade e da moralidade. É dizer: o que já era constitucionalmente proibido permanece com essa tipificação, porém, agora, mais expletivamente positivado. Não se trata, então, de discriminar o Poder Judiciário perante os outros dois Poderes Orgânicos do Estado, sob a equivocada proposição de que o Poder Executivo e o Poder Legislativo estariam inteiramente libertos de peias jurídicas para prover seus cargos em comissão e funções de confiança, naquelas situações em que os respectivos ocupantes não hajam ingressado na atividade estatal por meio de concurso público (AD – MC n. 12/DF, rel. Min. Carlos Britto, j. em 16-2-2006).*

Com efeito, não obstante inexistir lei municipal que regule a questão, tem-se que os lindes emprestados pelos princípios do art. 37 da Carta Magna, regentes de toda e qualquer atividade administrativa, seja do Poder Executivo, do Legislativo ou do Judiciário, alicerçados pelas balizas da Resolução n. 7 do CNJ – recentemente declarada constitucional em cautelar –, dão conta da relevância de fundamento da presente demanda.

Em análise perfunctória, vislumbra-se que a utilização da Resolução n. 7 do CNJ como norte é medida recomendável, já que a inexistência

de lei acerca do tema não pode servir de pálio para o descumprimento de preceitos constitucionais tão basilares.

Presente, portanto, o *fumus boni juris*, imprescindível à concessão da medida.

De outra ponta, encontra-se igualmente adimplido o requisito de justificado receio de ineficácia do provimento final. Isso porque é público e notório que a gestão do atual alcaide finda em dezembro de 2008. Logo, a esperar o desfecho da presente *actio*, afigura-se provável que a tutela pleiteada pelo representante do *Parquet* perderá seus efeitos práticos, ante a mudança da atual Administração.

Diante do exposto, nega-se provimento ao recurso, a fim de manter incólume a decisão interlocutória objurgada.

#### DECISÃO

Nos termos do voto do Relator, decide a Câmara, por unanimidade, desprover o recurso.

Participaram do julgamento, realizado no dia 22 de novembro de 2007, os Exmos. Srs. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz e Desa. Subst. Sônia Maria Schmitz. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Anselmo Jerônimo de Oliveira.

Florianópolis, 8 de novembro de 2007.

Volnei Carlin

PRESIDENTE E RELATOR

**Agravo de Instrumento n. 2007.020804-7, de Gaspar**

Relator: Des. Sérgio Roberto Baasch Luz

ACÇÃO DE VERIFICAÇÃO DE RISCO – RESIDÊNCIAS PARA FAMÍLIAS CARENTES COM CRIANÇAS E ADOLESCENTES – ILEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM* DO MUNICÍPIO NÃO ANALISADA EM PRIMEIRO GRAU – CONDIÇÃO DA ACÇÃO – POSSIBILIDADE DE CONHECIMENTO A QUALQUER TEMPO – DIREITO À MORADIA – ART. 23, IX, DA CRFB – DIREITO COMUM DA UNIÃO, ESTADOS, DISTRITO FEDERAL E MUNICÍPIOS – EXISTÊNCIA DE CONSELHO MUNICIPAL DA HABITAÇÃO NÃO AFASTA A LEGITIMIDADE DO MUNICÍPIO PARA FIGURAR NO PÓLO PASSIVO – PRELIMINAR RECHAÇADA.

A moradia, por ser um direito social, está dentre as matérias de competência material comum entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 23, IX, da Constituição Federal. Em virtude da competência comum, tem-se que qualquer um desses entes poderia ser acionado para a busca do referido direito social.

Destarte, em virtude do referido dispositivo constitucional, o Município também tinha o dever de promover programas de construção de moradias e a melhora das condições habitacionais, tanto é que a Lei Municipal n. 1.749/97 criou o Conselho Municipal da Habitação e o Fundo Municipal da Habitação. Todavia, a criação do referido Conselho não tem o condão de eximir o Município da sua obrigação de responder pelo direito social à moradia, nos termos do art. 23, IX, da Constituição Federal.

DETERMINAÇÃO JUDICIAL DE QUE O MUNICÍPIO PROVIDENCIE MORADIAS PARA FAMÍLIAS CARENTES – ATO DISCRICIONÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA –

## VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO E HARMONIA DOS PODERES – DECISÃO REFORMADA.

Cabe à Administração Pública, no uso de seu poder discricionário, estabelecer os critérios para efetivar políticas sociais atinentes à moradia, com vistas a atender ao grande número de famílias carentes no Município. A intervenção do Poder Judiciário nesse assunto poderia resultar em preterição de outras famílias já inscritas no Plano Municipal da Habitação Popular, bem como caracterizar violação ao princípio da separação dos Poderes, diante de intervenção em atos discricionários do Poder Executivo.

### AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2007.020804-7, da comarca de Gaspar (1ª Vara), em que é agravante o município de Gaspar, e agravado o representante do Ministério Público:

ACORDAM, em Primeira Câmara de Direito Público, por votação unânime, dar provimento ao recurso. Custas na forma da lei.

### RELATÓRIO

O representante do Ministério Público propôs ação de verificação de risco, na qual requereu a intimação de J. A. T. para que se manifestasse sobre a situação narrada nos autos, a realização de estudo social e a expedição de ofícios para: a) o Conselho Tutelar, para que este diligenciasse o paradeiro de J. M., bem como sua profissão, endereço e demais informações; b) o Programa de Apoio Sociofamiliar, para que este informasse se já atende a família, bem como há quanto tempo e as medidas adotadas em seu favor, ou, então, no caso de resposta negativa, providencie seu atendimento; c) a Secretaria de Educação, com o fim de que ela providenciasse vaga para



todas as crianças no sistema de ensino; d) a Prefeitura Municipal, para que esta providenciasse moradia para a família.

Ao proferir decisão monocrática, o Juiz de Direito *a quo* determinou a expedição de ofícios, nos termos requeridos na inicial (fl. 42).

O município de Gaspar, por meio do Ofício n. 205/2006—SDS, alegou que

*o Poder Público do Município de Gaspar está impossibilitado de providenciar moradia no exíguo prazo de 15 (quinze dias), em virtude de não deter condições financeiras-orçamentárias para realizar as respectivas despesas que o caso requer. [...] Ocorre que estas ações, como qualquer outra atividade da administração pública, demandam a previsão das respectivas despesas na Lei Orçamentária Anual, de sorte que, despesas extemporâneas não poderiam ser executados [sic], sob pena de transgressão da Lei de Responsabilidade Fiscal, salvo exceções previstas em lei (fl. 61).*

Posteriormente, ao ter vista dos autos, o representante do Ministério Público de primeiro grau postulou a expedição de ofício à Prefeitura Municipal, para se encontrar uma solução para o problema, separando as famílias, com o fim de cessar as violações aos direitos das crianças e dos adolescentes em questão, sob pena de responsabilização.

Isso posto, o Magistrado monocrático proferiu decisão interlocutória (fls. 85-86), em que manteve a ordem dada na decisão anterior, e fixou “o prazo de 20 (vinte) dias para que a municipalidade encontre a solução do problema, designando um local para que os mesmos residam sem que se violem os direitos e garantias dos infantes envolvidos na lide” (fl. 85), e para tanto estabeleceu multa diária de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) para o caso de descumprimento da ordem, com fulcro no art. 461, § 4º, do Código de Processo Civil.

Inconformado, o município de Gaspar interpôs o agravo de instrumento em estudo, e alegou sua ilegitimidade passiva *ad causam*, em

virtude da Lei Municipal n. 1.749/97, que dispõe sobre o gerenciamento das políticas habitacionais do Município, e impõe a responsabilidade ao Conselho Municipal da Habitação, que é um ente público de caráter deliberativo que tem a finalidade de assegurar a participação da comunidade na elaboração e implantação de programas na área da habitação. Ressaltou, desse modo, que a este Conselho compete a deliberação e gerenciamento do Fundo Municipal da Habitação.

Destarte, salientou que o cumprimento da decisão agravada representaria conduta ilegal, diante do disposto no art. 10 da supracitada Lei Municipal, já que o Conselho Municipal da Habitação deve respeitar o cadastro de famílias interessadas em participar de programas habitacionais, e tal lista de espera já conta mais de 300 (trezentas) famílias. Outrossim, ressaltou que as famílias envolvidas no caso dos autos não preenchem o requisito presente no inciso I do art. 22 da mencionada Lei, uma vez que não são naturais do município de Gaspar e não residem no local há pelo menos 7 (sete) anos.

Ademais, argumentou que o Poder Judiciário não pode interferir na competência administrativa e impor ao Poder Executivo a distribuição de recursos públicos, que são limitados em virtude de tantas carências e necessidades da população. Aduziu, ainda, a falta de tempo hábil para fazer os ajustes necessários no orçamento do Município para incluir a despesa *sub judice*.

Ao final, requereu a reforma da decisão agravada, pela impossibilidade jurídica do pedido.

Posteriormente, a Exma. Sra. Des. Marli Mosimann Vargas concedeu o efeito suspensivo almejado.

Ademais, transcorreu *in albis* o prazo para apresentação das contra-razões.

Pela Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Doutor Mário Gemin, que se manifestou pelo conhecimento e improvemento do recurso.

## VOTO

### 1 Ilegitimidade passiva *ad causam* do Município

*Ab initio*, ressalta-se que o agravante alegou a sua ilegitimidade para figurar no pólo passivo da presente ação, com o argumento de que compete única e exclusivamente ao Conselho Municipal da Habitação a deliberação e o gerenciamento do Fundo Municipal da Habitação, nos termos da Lei Municipal n. 1.749/97.

Apesar de a ilegitimidade passiva não ter sido analisada na decisão objurgada, entende-se que não há óbice para fazê-lo nesta instância *ad quem*, visto que é condição da ação e, por isso, é passível de arguição e conhecimento a qualquer tempo e grau de jurisdição, sem que isso implique supressão de instância.

Nesse sentido, tem-se julgado:

PREJUDICIAL DE ILEGITIMIDADE PASSIVA. REJEIÇÃO. MATÉRIA NÃO APRECIADA NA DECISÃO AGRAVADA. POSSIBILIDADE DE SUA ANÁLISE NESTE GRAU DE JURISDIÇÃO, SEM QUE ISSO IMPLIQUE EM OFENSA AO DUPLO GRAU OBRIGATÓRIO. CONDIÇÃO DA AÇÃO, PASSÍVEL DE CONHECIMENTO A QUALQUER TEMPO. REJEIÇÃO, TODAVIA, QUE SE IMPÕE. QUESTÃO QUE, EM ÚLTIMA ANÁLISE, ESTÁ ENTRELAÇADA COM O MÉRITO DA CONTROVÉRSIA (Agravado de Instrumento n. 2006.017698-1, de Rio do Sul, rel. Des. Vanderlei Romer, julgado em 28-9-2006).

Há que afastar a ocorrência de ilegitimidade passiva do Município na presente ação, uma vez que o art. 23, IX, da Constituição Federal é claro ao dispor que é competência comum da União, Estados, Distrito Federal

e Municípios a promoção de “programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico”.

Acerca da competência comum, cita-se José Afonso da Silva:

Muitos dos assuntos do setor social, especialmente, referidos antes como de competência da União, não lhe cabem com exclusividade. A Constituição abriu a possibilidade de Estados, Distrito Federal e Municípios compartilharem com ela da prestação de serviços nessas matérias, mas, principalmente, destacou um dispositivo (art. 23), onde arrola temas de competência comum, tais como: [...] (i) promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico (*Curso de direito constitucional positivo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 501-502).

Assim sendo, a moradia, por ser um direito social, está dentre as matérias de competência material comum entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 23, IX, da Constituição Federal. Em virtude da competência comum, tem-se que qualquer um desses entes poderia ser acionado para a busca do referido direito social.

Destarte, em virtude do referido dispositivo constitucional, o Município também tinha o dever de promover programas de construção de moradias e a melhora das condições habitacionais, tanto é que a Lei Municipal n. 1.749/97 criou o Conselho Municipal da Habitação e o Fundo Municipal da Habitação. Todavia, a criação do referido Conselho não tem o condão de eximir o Município da sua obrigação de responder pelo direito social à moradia, nos termos do art. 23, IX, da Constituição Federal.

Não é demais salientar que, de acordo com a mencionada Lei Municipal, o Conselho Municipal da Habitação auxilia o Poder Executivo Municipal em diversas situações ligadas à moradia dos cidadãos carentes, havendo a possibilidade de este ceder funcionários, salas e materiais para o funcionamento daquele, e o Fundo Municipal da Habitação, que tem o fim

de financiar programas, projetos e atividades relativas à habitação popular, é vinculado à Secretaria Municipal da Saúde e Assistência Social.

Pelo exposto, rechaça-se a alegação de ilegitimidade passiva do município de Gaspar.

## 2 Separação e harmonia dos Poderes

Ao propor a presente ação de verificação de situação de risco, o representante do Ministério Público valeu-se do “Termo de Encaminhamento ao Ministério Público” (fl. 30) elaborado pelo Conselho Tutelar do município de Gaspar, bem como dos demais documentos acostados às fls. 31-40 deste Agravo de Instrumento.

Com o intuito de elucidar a questão narrada nos autos, transcreve-se trecho do “Termo de Encaminhamento ao Ministério Público”:

É de conhecimento deste Conselho Tutelar que desde agosto/2005, algumas famílias estão residindo na Escola Intendente José Spengler (desativada), sito a Rua Itajaí s/n (próximo a Empresa Viação Verde Vale), bairro Poço Grande. É sabido também que a infra-estrutura do local é muito precária. Visto que existem dois banheiros, compartilhados por todas as famílias, que entopem freqüentemente. Devido a fiação antiga, a tomada pegou fogo e por muito pouco não aconteceu um incêndio.

Na data de 28/07/06, recebemos denúncia relatando que existe muitos conflitos entre as famílias (brigas de vizinhos, inclusive com arma branca).

Após visita realizada, constatamos que no local residem 4 famílias [...].

[...]

Ressaltamos que as crianças em idade entre 0 a 6 anos não freqüentam o CDI.

Cada sala da escola ficou para uma família, onde não há divisões, cozinha, quarto e sala (fl. 30).

Pelo narrado, percebe-se que 4 (quatro) famílias, uma delas constituída de 11 (onze) pessoas, residem numa escola desativada, da qual cada uma das famílias ficou com uma sala, e onde existem apenas 2 (dois) banheiros para atender a todos.

Como não poderia deixar de ser, nas famílias existem crianças e adolescentes, e é justamente em virtude de infração ao direitos destes que o Conselho Tutelar encaminhou o referido Termo ao Ministério Público, para que ele tomasse as medidas cabíveis.

Tem-se conhecimento de que a moradia, a proteção à infância e a assistência aos desamparados constituem direitos sociais previstos no art. 6º da Constituição Federal, que em seu art. 227 também estabelece que

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Quanto ao direito à moradia, é o escólio de José Afonso da Silva:

Esse é daqueles direitos de têm duas faces: uma *negativa* e uma *positiva*. A primeira significa que o cidadão não pode ser privado de moradia nem impedido de conseguir uma, no que importa a abstenção do Estado e de terceiros. A segunda, que é a nota principal do direito à moradia, como dos demais direitos sociais, consiste no direito de obter uma moradia digna e adequada, revelando-se como um direito positivo de caráter prestacional, porque legitima a pretensão do seu titular à realização do direito por via de ação positiva do Estado. É nessa ação positiva que se encontra a condição de eficácia do direito à moradia. E ela está prevista em vários dispositivos de nossa Constituição, entre os quais se destaca o art. 3º, que define como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil construir uma sociedade justa e solidária, erradicar a marginalização – e não há marginalização maior do que não se ter um teto para si e para a família –, e promover o bem de todos, o que pressupõe, no mínimo, ter onde morar dignamente. [...] Mas há,

ainda, norma específica determinando ação positiva no sentido da efetiva realização do direito à moradia, quando, no mesmo art. 23, IX, se estabelece a competência comum para “promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento” (op. cit. p. 315).

Pelo que está descrito nos autos, sabe-se que as famílias certamente vivem em situação deplorável, sob o teto de uma escola desativada, com apenas 2 banheiros para o uso de cerca de 25 (vinte e cinco) pessoas, isso sem falar na precariedade das instalações elétricas e no fato de cada sala alojar uma família, sem nenhuma divisória de quarto, cozinha ou sala.

Todavia, conforme notícia o agravante, existem políticas e programas na área habitacional no Município, a exemplo do trabalho executado pelo Conselho Municipal da Habitação, instituído pela Lei Municipal n. 1.749/97.

Pelo art. 10 da Lei Municipal n. 1.749/97, tem-se a previsão de um cadastro de todos os beneficiários dos programas habitacionais, e no art. 22 do mesmo texto legal observa-se que são requisitos para o cadastramento no programa de auxílio habitacional, *ad litteram*:

- I — Provar que reside há pelo menos 07 (sete) anos no Município, ou que daqui é natural;
- II — Comprometer-se a empenhar a mão de obra própria e da família, quando possível, para a consecução dos seus objetivos;
- III — Provar que ainda não foi contemplado por este benefício, seja no Município de Gaspar ou em qualquer outro da União;
- IV — Provar que não é proprietário de outros imóvel urbano ou rural;
- V — Provar que a sua renda familiar é igual ou inferior a 04 (quatro) salários mínimos;
- VI — Sujeitar-se a todas as demais normas estabelecidas na presente Lei e fixadas pelo Conselho Municipal da Habitação na forma da Lei.

Outrossim, no parágrafo único do art. 9º da Lei Municipal n. 1.749/97 está expresso que o Plano Municipal da Habitação Popular “*deverá ser elaborado para aplicação a médio e longo prazo (Plano Plurianual), com revisão e readaptação anual (Plano Anual)*”. Em outras palavras, é nítido que deve haver previsão orçamentária suficiente nos planos anual e plurianual.

Ora, se há um Plano Municipal da Habitação Popular, não se pode dizer que há, de todo modo, infração ao direito à moradia, bem como aos direitos das crianças e dos adolescentes, pois parece que o Município está tentando, dentro de suas possibilidades orçamentárias, garantir uma vida digna a todos os cidadãos que ali residem e preenchem os requisitos para participar do mencionado programa.

Ademais, é vedado ao Poder Judiciário adentrar na deliberação a respeito dos atos do Poder Executivo, praticados em virtude do poder discricionário, sob pena de violação ao princípio da separação e da harmonia dos Poderes, previsto no art. 2º da Constituição Federal.

A respeito do princípio da harmonia entre os Poderes, ensina José Afonso da Silva:

*A harmonia entre os poderes verifica-se primeiramente pelas normas de cortesia no trato recíproco e no respeito às prerrogativas e faculdades a que mutuamente todos têm direito. De outro lado, cabe assinalar que nem a divisão de funções entre os órgãos do poder nem sua independência são absolutas. Há interferências, que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro e especialmente dos governados (Curso de direito constitucional positivo. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 110).*

E ainda:

os trabalhos do Legislativo e do Executivo, especialmente, mas também do Judiciário, só se desenvolverão a bom termo, se esses



órgãos se subordinarem ao princípio da harmonia, que não significa nem o domínio de um pelo outro nem a usurpação de atribuições, mas a verificação de que, entre eles, há de haver consciente colaboração e controle recíproco (que, aliás, integra o mecanismo), para evitar distorções e desmandos. A desarmonia, porém, se dá sempre que se acrescem atribuições, faculdades e prerrogativas de um em detrimento de outro (op. cit. p. 111).

Destarte, para que não haja ofensa ao princípio da harmonia entre os Poderes, é preciso que cada um deles se atenha às suas funções, sem se descartar a possibilidade de controle recíproco, que também é limitado, no sistema de freios e contrapesos, para que não haja excesso por parte de qualquer dos Poderes.

O Judiciário, ao exercer o controle sobre os atos do Poder Executivo, somente pode estudar a legalidade e a existência de qualquer nulidade, sendo-lhe vedado adentrar no mérito administrativo do ato discricionário, constituído pelos critérios de conveniência e oportunidade.

Sobre o poder discricionário, extrai-se da obra de Hely Lopes Meirelles:

*Poder discricionário* é o que o Direito concede à Administração, de modo explícito ou implícito, para a prática de atos administrativos com liberdade na escolha de sua conveniência, oportunidade e conteúdo (*Direito administrativo brasileiro*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 116).

Complementa o mesmo autor, linhas após:

Erro é considerar-se o ato discricionário imune à apreciação judicial, pois só a Justiça poderá dizer da legalidade da invocada discricionariedade e dos limites de opção do agente administrativo.

O que o Judiciário não pode é, no ato discricionário, substituir o discricionarismo do administrador pelo do juiz. Mas pode sempre proclamar as nulidades e coibir os abusos da Administração (op. cit. p. 118).

Não podendo o Judiciário adentrar no mérito administrativo do ato discricionário do Executivo Municipal, uma vez que somente lhe compete a análise da legalidade do ato, tem-se que, a princípio, não há nenhuma ilegalidade no caso dos autos, razão pela qual não se mostra cabível, por ora, a determinação judicial de que o município de Gaspar providencie moradia para as famílias *sub judice*.

Nesse sentido, extrai-se trecho da decisão proferida pela Exma. Sra. Des. Marli Mosimann Vargas, ao conceder efeito suspensivo ao presente recurso:

Por conseguinte, descabe ao Poder Judiciário intervir no âmbito discricionário da Administração Pública, máxime por não se tratar de negativa de inclusão dos interessados no plano de habitação popular do município sem razões justificadoras. Na espécie, a questão é a necessidade de observância de uma série de critérios legalmente estipulados, que causarão dispêndios não previstos no orçamento do município de Gaspar.

Tal entendimento não significa que se está olvidando o dever da municipalidade de possuir diretrizes objetivando o amparo das famílias sem habitação ou que residam em precárias condições. Contudo, praticamente impossível esse apoio de forma imediata, haja vista a realidade social e econômica em que estamos inseridos. Logo, ante tal quadro, cabe ao Administrador Público, valendo-se dos rumos traçados na Constituição da República, e calçado no poder discricionário, estabelecer as formas de aplicação e efetivação das políticas sociais (fls. 136-137).

Desse modo, não é demais ressaltar que cabe à Administração Pública, no uso de seu poder discricionário, estabelecer os critérios para efetivar políticas sociais atinentes à moradia, com vistas a atender ao grande número de famílias carentes no Município. A intervenção do Poder Judiciário nesse assunto poderia resultar em preterição de outras famílias que já estejam inscritas no Plano Municipal da Habitação Popular, bem como caracterizar violação ao princípio da separação dos Poderes, diante de intervenção em atos discricionários do Poder Executivo.

Em situação semelhante à narrada nos autos, já se julgou:

APELAÇÃO CÍVEL — ADMINISTRATIVO — REPRESENTAÇÃO — PROGRAMA DE HABITAÇÃO — PEDIDO DE ATENDIMENTO DE MENOR — IMPOSSIBILIDADE — PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES — RECURSO PROVIDO.

Não pode o Poder Judiciário deliberar a respeito de atos da Administração Pública, sob pena de violação ao princípio constitucional da separação dos poderes.

Cabe tão-somente à Administração Pública, calcada no poder discricionário, estabelecer as políticas sociais, derivadas de normas programáticas, para atender a crescente demanda das crianças e adolescente necessitadas (Ap. Cív. n. 2004.037083-7, da Capital, rel. Des. Nicanor da Silveira, julgada em 29-3-2005).

*Mutatis mutandis*, ainda deste Pretório:

REPRESENTAÇÃO DO CONSELHO TUTELAR COM O ESCOPO DE ASSEGURAR O IMEDIATO ATENDIMENTO DE MENOR NO PROGRAMA DE ORIENTAÇÃO E APOIO SOCIOFAMILIAR (POASF). INVIABILIDADE. INTERFERÊNCIA NA COMPETÊNCIA DO PODER EXECUTIVO CARACTERIZADA. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. RECURSO E REMESSA PROVIDOS (Ap. Cív. n. 2004.029521-6, da Capital, rel. Des. Vanderlei Romer, j. em 2-12-2004).

ADMINISTRATIVO. MINISTÉRIO PÚBLICO. MUNICÍPIO. EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÕES PACTUADAS EM TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA. IMPLEMENTAÇÃO DE PROGRAMAS, SERVIÇOS E OBRAS DE PROTEÇÃO À INFÂNCIA E AO ADOLESCENTE. CLÁUSULA PENAL. INEXIGIBILIDADE. NULIDADE DO TÍTULO.

1. Nem ao Ministério Público, nem ao Judiciário cabe ditar ao Administrador os atos de gestão que deva praticar em ordem a lhe

subtrair a prerrogativa de, melhor do que ninguém, pautado em razões de oportunidade e conveniência, exercitar a opção que lhe parecer mais apropriada ao interesse público.

Bem por isso, “as obrigações de fazer permitidas pela ação civil pública não têm força de quebrar a harmonia e independência dos Poderes” (REsp. n. 169.876, rel. Min. José Delgado).

2. A atuação do Ministério Público e do Judiciário em relação aos agentes públicos deve ter por foco o controle da legalidade, da moralidade, da eficiência, da impessoalidade, da finalidade e, excepcionalmente, do mérito.

Nessa ordem de idéias, carece de eficácia executiva o ajuste entre o Ministério Público e o Prefeito Municipal que carrega ao Município, sob pena de pagamento de pesada multa, a obrigação de implementar ações administrativas (serviços e obras), dependentes de dotações orçamentárias futuras (Ap. Cív. n. 1999.020914-8, de Turvo, rel. Des. Newton Janke, j. em 27-11-2003).

Assim, a decisão interlocutória deve ser reformada.

## DECISÃO

Ante o exposto, por votação unânime, dá-se provimento ao recurso.

O julgamento, realizado no dia 29 de novembro de 2007, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Volnei Carlin, com voto, e dele participou a Exma. Sra. Des. Subst. Sônia Maria Schmitz. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Mário Gemin.

Florianópolis, 29 de novembro de 2007.

Sérgio Roberto Baasch Luz  
RELATOR

## APELAÇÕES CÍVEIS

### **Apelação Cível n. 2007.045203-5, de Lages**

Relator: Des. Volnei Carlin

PROCESSUAL CIVIL — EXECUTIVO FISCAL — PEDIDO DE REDIRECIONAMENTO — PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE — INOCORRÊNCIA — PESSOA JURÍDICA CITADA — PRAZO PRESCRICIONAL INTERROMPIDO NO TOCANTE AO SÓCIO.

A prescrição intercorrente é aquela que se efetiva após o réu ter sido citado, se o processo ficar paralisado por mais de 5 (cinco) anos. Para tanto, devem ser considerados os requisitos exigíveis, como a inércia do titular da ação, durante certo lapso de tempo, que deixa de cumprir diligência a seu cargo, indispensável ao andamento do processo, na ausência de causas preclusivas de seu curso.

Nesse contexto, a citação válida da pessoa jurídica interrompe a fluência do prazo prescricional no tocante ao sócio responsável pelo débito tributário. Por conseguinte, não há falar em pedido de redirecionamento prescrito.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2007.045203-5, da comarca de Lages (Vara de Executivos Fiscais), em que é apelante Estado de Santa Catarina, e apelada Alfred S.A. Com. do Vestuário:

ACORDAM, em Primeira Câmara de Direito Público, por votação unânime, prover o recurso. Custas na forma da lei.

## RELATÓRIO

Na comarca de Lages, o Estado de Santa Catarina manejou execução fiscal contra Alfred S.A. Com. do Vestuário, pretendendo receber o crédito referente ao ICMS.

Devidamente citada, a empresa executada deixou de quitar o débito no prazo legal (fl. 20v.).

Certificado o encerramento das atividades da empresa pelo oficial de justiça (fl. 170v.) e diante da ausência de bens penhoráveis, a Fazenda Pública pleiteou o redirecionamento do feito em desfavor dos sócios (fls. 213-215).

Por sentença, o Togado entendeu que o crédito tributário estava prescrito, porquanto havia decorrido mais de 5 (cinco) anos entre a citação da devedora e o pedido de redirecionamento. Por conseguinte, extinguiu o processo com resolução de mérito, nos termos do artigo 269, IV, do CPC (fls. 220-225).

Iresignado, o vencido apelou, pugnando pela reforma do julgado e sustentando a inoccorrência do termo final prescricional (fls. 226-230).

O prazo para apresentar contra-razões transcorreu *in albis* (fl. 232).

Formalizado o apelo na origem, os autos subiram a esta Corte de Justiça.

## VOTO

Os autos versam acerca de recurso contra *decisum* proferido nos Autos do Executivo Fiscal n. 039.94.000129-0, no qual o Magistrado decretou de ofício a prescrição do crédito tributário, em virtude de haver decorrido mais de 5 (cinco) anos entre a citação da devedora e o pedido de redirecionamento.

O fenômeno jurídico em tela é conhecido por prescrição intercorrente e ocorre após o réu ter sido citado, se o processo ficar paralisado por mais de 5 (cinco) anos; para isso devem ser considerados os requisitos exigíveis, como a inércia do titular da *actio*, durante certo lapso de tempo, que deixa de cumprir diligência a seu cargo, indispensável ao andamento do processo, na ausência de causas preclusivas de seu curso.

Compulsando os autos, cronologicamente, tem-se que: a demanda foi ajuizada em 3-12-93 (fl. 2); a citação da empresa deu-se em 22-8-95 (fl. 20v.), e a penhora de bens ocorreu em 14-7-97 (fl. 69); o oficial de Justiça certificou ter citado a devedora acerca da constrição na pessoa de seu representante legal, Sr. Ricardo Sehbe, o qual recusou o encargo de fiel depositário e informou que os bens penhorados haviam sido arrematados em outros feitos judiciais; o prazo para interpor embargos transcorreu sem que a devedora se manifestasse (fl. 94).

Na seqüência, foi determinada a intimação do credor para impulsionar o feito em 18-2-99 (fl. 97); o Fisco Estadual requereu em 27-7-99 que fosse discriminado em documento, pelo oficial, os bens que guardam a residência dos sócios ou o estabelecimento da executada (fl. 100), o que foi indeferido (fl. 107); foi determinada a avaliação dos bens em 25-10-00, bem como a data para a hasta pública (fl. 120); contudo, teve-se conhecimento em 3-11-00 de que um dos bens havia sido arrematado em outro processo (fl. 127v.).

O exequente requereu, em 23-2-01, o levantamento da penhora realizada sobre o imóvel arrematado no processo movido pelo INSS, “prosseguindo o feito com os devidos leilões do bem remanescente” (fls. 134 e 155); em 19-4-02 o credor apresentou planilha com os valores atualizados do débito (fl. 159), e foi determinado o envio de carta precatória objetivando-se o reforço da constrição (fl. 163); o oficial de justiça certificou, em 17-6-02, o encerramento das atividades pela empresa (fl. 170v.).

Em 18-7-02, a executada veio aos autos requerer a juntada de subestabelecimento (fls. 173-174); novo pedido de pracemento foi protocolado pelo Fisco em 22-11-02 (fl. 177), e deferido em 9-12-02 (fl. 178); em 1º-8-03, o credor requereu a expedição de ofício ao Juízo deprecado, a fim de solicitar informações acerca do andamento da deprecata (fl. 181); foi designada nova hasta pública do imóvel remanescente, em 7-3-03 (fl. 193); em 8-8-03 foi protocolada petição de terceiro, que informava que o imóvel havia sido arrematado em outro processo (fl. 198), o que foi confirmado pela 5ª Vara do Trabalho de Porto Alegre/RS em 8-1-04 (fl. 203).

Diante dos fatos acima, a Fazenda Pública pediu, em 6-4-05, a suspensão do feito, objetivando pesquisar a existência de outros bens (fl. 208); em virtude da ausência desses, o Fisco pleiteou o redirecionamento contra os sócios em 23-11-06 (fl. 215).

Da leitura dos fatos detalhadamente descritos acima, não se verifica a desídia do Estado, porquanto esse não deixou de tomar as providências necessárias ao trâmite normal do processo. Logo, não há falar em termo prescricional intercorrente. Outrossim, não se pode declarar prescrita a demanda pela demora no julgamento do pedido, por fatos alheios à vontade das partes. Ademais, “não se opera a prescrição intercorrente quando a credora não deu causa à paralisação do feito” (STJ — REsp. n. 303.441/PE, rel. Min. Franciulli Netto, j. em 21-2-02).

Dessa forma, depreende-se que não ocorreu o fenômeno jurídico declarado no *decisum a quo*, visto que o processo não ficou inerte por período superior a 5 (cinco) anos.

Nesse sentido é o entendimento desta Corte de Justiça:

AGRAVO DE INSTRUMENTO — PROCESSUAL CIVIL — EXECUÇÃO FISCAL — PEDIDO DE REDIRECIONAMENTO — PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE — INOCORRÊNCIA — CITAÇÃO VÁLIDA DA PESSOA JURÍDICA — PRAZO



## PRESCRICIONAL INTERROMPIDO NO TOCANTE AO SÓCIO.

A prescrição intercorrente é aquela que se efetiva após a citação, se o processo ficar paralisado por mais de 5 (cinco) anos. Para tanto, devem ser considerados os requisitos exigíveis, como a inércia do titular da ação, durante certo lapso de tempo, que deixa de cumprir diligência a seu cargo, indispensável ao andamento do processo, na ausência de causas preclusivas de seu curso.

A citação válida da pessoa jurídica interrompe a fluência do prazo prescricional no tocante ao sócio responsável pelo débito tributário. Por conseguinte, o pedido de redirecionamento não se encontra prescrito (AI n. 2007.017393-3, de Mafra, rel. Des. Volnei Carlin, j. em 28-9-07).

PROCESSUAL CIVIL — EXECUÇÃO FISCAL — PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE — INOCORRÊNCIA — COMPARECIMENTO ESPONTÂNEO AOS AUTOS DO REPRESENTANTE LEGAL DA EMPRESA — FALTA DE CITAÇÃO SUPRIDA — EXEGESE DO ART. 214, § 1º, DO CPC.

A prescrição intercorrente é aquela que se efetiva após a citação, se o processo ficar paralisado por mais de 5 (cinco) anos, sendo que para tal devem ser considerados os requisitos exigíveis, como a inércia do titular da ação, durante certo lapso de tempo, que deixa de cumprir diligência a seu cargo, indispensável ao andamento do processo, na ausência de causas preclusivas de seu curso (Ap. Cív. n. 2007.045203-5, da Capital, rel. Des. Volnei Carlin, j. em 23-11-07).

TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. DEMORA NA CITAÇÃO NÃO IMPUTÁVEL AO EXEQÜENTE. SÚMULA 106/STJ. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. NÃO OCORRÊNCIA (Ap. Cív. n. 2006.043955-3, da Capital, rel. Des. Vanderlei Romer, j. em 1º-3-07).

Tributário e Processual Civil. Execução fiscal. Citação. Ausência. Prescrição intercorrente. Inocorrência. Desídia do autor não verificada. Demora atribuível exclusivamente ao Poder Judiciário. Recurso desprovido.

Não se verifica a prescrição intercorrente quando o Fisco não concorre para sua ocorrência, afastado o prejuízo a este pela mera demora do Poder Judiciário em efetuar a citação do devedor na execução fiscal (AI n. 2003.009927-1, rel. Des. Rui Fortes) (AI n. 2004.011395-1, da Capital, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, j. em 16-8-06).

Na mesma senda: Ap. Cív. n. 2006.045846-7, de Brusque, rel. Des. Volnei Carlin, j. em 28-6-07; AI n. 2003.009927-1, de Balneário Camboriú, rel. Des. Rui Fortes, j. em 16-3-04; e Ap. Cív. n. 2006.025684-9, de São José, rel. Des. subst. Jaime Ramos, j. em 14-11-06.

Ademais, a citação válida da pessoa jurídica, ocorrida em 22-8-95 (fl. 20v.), interrompe a fluência do prazo prescricional não apenas no tocante a essa, mas também em relação aos sócios responsáveis pelo débito tributário.

Nesse caminho, veja-se o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RESPONSABILIDADE PESSOAL DO SÓCIO DA EMPRESA. ART. 135 DO CTN. CITAÇÃO VÁLIDA DA PESSOA JURÍDICA. INTERRUÇÃO DA PRESCRIÇÃO EM RELAÇÃO AO SÓCIO [...].

[...]

4. A citação válida da pessoa jurídica interrompe a prescrição em relação ao sócio responsável pelo débito fiscal [...]. (REsp. n. 751.906/RJ, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. em 21-2-06).

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. EXECUÇÃO FISCAL. PESSOA JURÍDICA. REDIRECIONAMENTO CONTRA O SÓCIO. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. INOCORRÊNCIA DE SUA DECRETAÇÃO DE OFÍCIO. DESPACHO CITATÓRIO. ART. 8º, IV E § 2º, DA LEI N. 6.830/80. ART. 219, § 4º, DO CPC. ARTS. 125, III, E 174, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CTN. INTERPRETAÇÕES SISTEMÁTICAS. PRECEDENTES.

[...]

6. Conforme o art. 125, III, do CTN, *c/c* o art. 8º, § 2º, da LEF, a ordem de citação da pessoa jurídica interrompe a prescrição em relação ao sócio, responsável tributário pelo débito fiscal. Fenômeno integrativo de responsabilidade tributária que não pode deixar de ser reconhecido pelo instituto da prescrição, sob pena de se considerar não prescrito o débito para a pessoa jurídica e prescrito para o sócio. Ilogicidade não homenageada pela ciência jurídica.

[...]

8. Precedentes desta Corte de Justiça e do colendo STF.

9. Agravo regimental não provido (AgRg no Ag n. 623.211/RS, rel. Min. José Delgado, j. em 17-3-05).

*Ex positis*, dá-se provimento ao presente recurso para anular a decisão proferida na Execucional n. 039.94.000129-0 (fls. 220-225), porquanto está pacificamente demonstrado que inexistem os requisitos ensejadores da prescrição no tocante aos sócios da empresa executada, muito menos no que tange à exigibilidade do crédito tributário, pelo que deve o feito prosseguir o seu trâmite normal.

## DECISÃO

Nos termos do voto do Relator, decide a Câmara, por unanimidade, prover o recurso.

Participaram do julgamento, realizado no dia 13 de dezembro de 2007, os Exmos. Srs. Des. Vanderlei Romer e Desa. Subst. Sônia Maria Schmitz.

Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Gilberto Callado de Oliveira.

Florianópolis, 17 de dezembro de 2007.

Volnei Carlin  
PRESIDENTE E Relator

**Apelação Cível n. 2007.030999-2, da Capital**

Relator: Des. Vanderlei Romer

AÇÃO COMINATÓRIA DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C PERDAS E DANOS. EMPRESA DE TRANSPORTE COLETIVO INTERMUNICIPAL QUE TEVE AUMENTADOS OS TRAJETOS DE ACESSO AOS TERMINAIS DO CENTRO DA CAPITAL APÓS A IMPLANTAÇÃO DO SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTES DE FLORIANÓPOLIS. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. COMPETÊNCIA MUNICIPAL PARA LEGISLAR E ORDENAR O TRÂNSITO LOCAL. IMPROCEDÊNCIA DOS PEDIDOS. RECURSO DESPROVIDO.

As empresas de transporte coletivo intermunicipal de passageiros, não obstante serem reguladas pelo Deter, órgão estadual, submetem-se às normas e à ordenação do trânsito local, de competência dos municípios.

No caso, constatada a alteração econômica no custo desse transporte, a empresa deveria ter reclamado ao Deter, com quem mantém contrato administrativo.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2007.030999-2, da comarca da Capital (Unidade da Fazenda Pública), em que é apelante Biguaçu – Transportes Coletivos, Administração e Participações Ltda., e apelado município de Florianópolis:

ACORDAM, em Primeira Câmara de Direito Público, por votação unânime, desprover o recurso. Custas na forma da lei.

**RELATÓRIO**

Biguaçu – Transportes Coletivos, Administração e Participações Ltda. ajuizou ação ordinária de preceito cominatório de obrigação de fazer c/c indenização por perdas e danos contra o município de Florianópolis.

Aduziu, em síntese, que é prestadora do serviço público de transporte coletivo intermunicipal de passageiros, submetido à competência legislativa do Estado e regulamentado pelo Deter, e que, após a implementação do Sistema Integrado de Transportes Coletivos de Florianópolis, foram determinados percursos substancialmente mais longos na Capital, o que lhe ocasionou enormes prejuízos. Destacou que referida situação decorre da omissão do requerido em providenciar as modificações indispensáveis à plena implantação do Sistema Integrado de Transportes, uma vez que os trajetos improvisados refletem na comodidade e no conforto de suas linhas, e a colocam em pé de desigualdade com outras empresas que operam no trajeto tradicional. Sustentou que o ato administrativo do Poder Executivo Municipal é inconstitucional (art. 8º, VIII, *a*, da CE), porquanto viola a competência estadual para legislar sobre transporte intermunicipal e, ainda, afronta a Lei Orgânica do Município, que dispõe como atribuição da Câmara de Vereadores o sistema viário (art. 39, XVIII). Pretendeu, então, a concessão da tutela antecipada para que o seu trajeto anterior fosse restabelecido; ao final, a declaração de nulidade do ato administrativo municipal, que impôs trajetos mais longos, e a condenação do réu por perdas e danos.

Depois da contestação, a antecipação da tutela foi denegada.

Houve réplica.

A sentença julgou improcedentes os pedidos formulados na inicial e, por conseguinte, condenou a vencida ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, estes fixados em R\$ 2.000,00 (dois mil reais).

A requerente opôs embargos de declaração, os quais foram rejeitados. Após, inconformada, interpôs recurso de apelação. Asseverou que os percursos originais foram repostos em 8-5-2006, motivo pelo qual, quanto a este tópico, o processo perdeu o objeto. Defendeu, contudo, que a sentença

é nula, uma vez que não analisou o argumento de nulidade do ato administrativo municipal, posto que verbal, e, ainda, porque não considerou que referido ato administrativo, mesmo que válido, possa ter implicado em prejuízos materiais. Pleiteou, assim, a decretação de nulidade do *decisum* e o provimento do recurso para que seja julgado procedente o pedido de indenização, com a apuração do *quantum* em liquidação de sentença.

Em contra-razões, o município de Florianópolis afirmou que o não-reconhecimento das perdas e danos é decorrência natural e implícita da improcedência do pedido cominatório e, no mais, que não praticou ato ilegal ou arbitrário, pautando-se dentro de sua competência funcional.

## VOTO

Na exordial, a autora relatou que é empresa prestadora de serviço de transporte coletivo intermunicipal de passageiros e que serve às linhas que demandam de Biguaçu e municípios vizinhos, com ponto final no centro de Florianópolis; entretanto, após a implantação do Sistema Integrado de Transportes Coletivos da Capital, seus ônibus, com ponto final no Ticen (Terminal do Centro) e no Terminal Cidade de Florianópolis, tiveram modificados, por ordem do município réu, os trajetos de acesso aos mencionados terminais, e impostos percursos substancialmente mais longos e onerosos, situação que teria afetado também o conforto dos passageiros. Por conseguinte, pleiteou o restabelecimento do itinerário anterior, a declaração de nulidade do ato administrativo municipal, que estabeleceu os novos trajetos na cidade, e a condenação do réu por perdas e danos.

A sentença, por seu turno, julgou “improcedentes os pedidos formulados na inicial” (fl. 87). Vale transcrever a fundamentação do magistrado Domingos Paludo (fls. 84-87):

Pretende a requerente que seja restabelecido o itinerário de acesso aos terminais (Ticen e Terminal Cidade de Florianópolis) anteriormente efetuado por seus ônibus; que seja declarada a nulidade do

ato administrativo que lhe impôs trajeto mais longo na prestação dos serviços; e que seja o réu condenado a reparar as perdas e danos, desde a data da alteração lesiva até a efetiva restauração do itinerário modificado.

Com efeito, não tem razão a requerente no seu argumento de que seria inconstitucional o ato administrativo que alterou o itinerário das linhas, dado que o mesmo apenas cuidou de ordenar o trânsito da cidade, dispondo sobre os trajetos que os ônibus devem seguir dentro do perímetro urbano.

E não há negar ao município o poder de dispor a respeito deste tema, que está associado, por sinal, à sua exclusiva alçada, na regulamentação de serviços e ordenação da cidade, para conservação dos bens públicos de propriedade do município e evitar as desordens no trânsito, na parte imputável às empresas de transporte coletivo.

Quando o município define o percurso de ônibus que não participa do sistema de transporte coletivo público local, que é de sua alçada exclusiva, o sai faz organizando o trânsito e não legislando sobre transporte.

A CF estatui no art. 22, XI, que compete privativamente à União legislar sobre “trânsito e transporte”, mas logicamente não está aí excluindo do mundo jurídico a regra que também consagra em seu art. 30, incisos I, II e V, no sentido de que “Compete aos Municípios legislar sobre assuntos de interesse local” e “suplementar a legislação federal e a estadual no que couber”.

E, veja-se, o ato administrativo impugnado não regulamentou o “transporte intermunicipal”, como se sustenta, pois o Deter, a quem competiria legislar com exclusividade, não é o proprietário das ruas da cidade, mas apenas dos terminais, de modo que, se lhe cabe legislar sobre o transporte intermunicipal, não tem direito de invadir a competência municipal, para dizer, por exemplo, onde podem transitar ou não, ou parar, ou estacionar, os ônibus que prestam o serviço de transporte intermunicipal.

Seria verdadeiramente herético pretender diversamente, ou, que o ato administrativo em questão, apenas porque definiu o trajeto dos ônibus, tivesse também disposto acerca da regulamentação ou prestação do tal transporte intermunicipal.

Em verdade, o município exerceu aí sua competência privativa, dispondo acerca de tema que o Deter não pode dispor, porque o uso dos bens públicos, de vias públicas locais que sabidamente pertencem ao município de Florianópolis, a este é que cabe disciplinar com exclusividade.

O ato administrativo atacado pela requerente não trata sobre transporte coletivo intermunicipal, mas sobre o trânsito local.

Quanto a trânsito local, o CTB, em seu artigo 24, é suficientemente claro:

“Art. 24. Compete aos órgãos e entidades executivos de trânsito dos Municípios, no âmbito de sua circunscrição:

[...]

II – planejar, projetar, regulamentar e operar o trânsito de veículos, de pedestres e de animais, e promover o desenvolvimento da circulação e da segurança de ciclistas;

[...]

VI – executar a fiscalização de trânsito, autuar e aplicar as medidas administrativas cabíveis, por infrações de circulação, estacionamento e parada previstas neste Código, no exercício regular do Poder de Polícia de Trânsito;

VII – aplicar penalidades de advertência por escrito e multa, por infrações de circulação, estacionamento e parada previstas neste Código, notificando os infratores e arrecadando as multas que aplicar;

[...]

XVI – planejar e implantar medidas para redução da circulação de veículos e reordenação do tráfego, com o objetivo de diminuir a emissão global de poluentes”.

E, muito embora assim o seja, para a definição do CTB, seria de lembrar o § 1º do art. 1º, assim:

“Considera-se trânsito a utilização das vias por pessoas, veículos e animais, isolados ou em grupos, conduzidos ou não, para fins de circulação, parada, estacionamento e operação de carga e descarga”.



Decerto foi atento a tais diretrizes – que instituem nada mais nem menos do que a permissão para que o município se auto-organize, de modo a que a regra não seja o caos urbano, a terra de ninguém, onde cada qual faz o que melhor lhe aprouver, em detrimento dos demais, em derrogação do Estado Democrático de Direito – que se conferiu ao município brasileiro o poder e o dever de organizar o seu trânsito.

E em jurisprudência se lê que o município detém mesmo competência para organizar-se, quanto ao trânsito local, definindo paradas e locais onde é ou não possível circular com tal ou qual tipo de veículos, bem como o mais que se subsumir ao conceito de “assuntos de interesse local”:

“ADMINISTRATIVO – TRANSPORTE INTERMUNICIPAL – LIMITAÇÃO AO TRÁFEGO. 1. É da competência do Município disciplinar o tráfego e trânsito na cidade respectiva. 2. Ao Estado cabe a concessão e fiscalização das concessões e trechos. 3. Recurso improvido” (ROMS n. 12.766/RJ, rela. Mina. Eliana Calmon, publ. no DJ de 16-12-2002, p. 284).

[...]

Como se vê, nenhuma inconstitucionalidade ou ilegalidade há no ato administrativo que impôs aos ônibus de transporte intermunicipal a alteração do itinerário de acesso aos terminais e contra o qual se volta a demanda.

Constata-se, destarte, que a sentença fundamentou o veredicto na interpretação do art. 24 do Código de Trânsito Brasileiro combinada com a do art. 30, incisos I, II e V, da Constituição Federal, que atribuem explicitamente aos municípios competência para regulamentar e operar o trânsito no âmbito de seus territórios.

Importa observar que o referido entendimento coaduna-se com o já esposado nesta Corte de Justiça, *mutatis mutandis*:

ADMINISTRATIVO. LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA. FRETAMENTO INTERMUNICIPAL. FIXAÇÃO DE PONTOS DE EMBARQUE E DESEMBARQUE. COMPETÊNCIA DO MUNICÍPIO. RECURSO IMPROVIDO.

A competência do Estado para outorgar e fiscalizar as concessões de transporte intermunicipal não afeta a competência do Município de disciplinar o tráfego e trânsito no âmbito de seu território, inexistindo, assim, *a priori*, o direito líquido e certo de um determinado grupo de pessoas em parar num ou noutro ponto de sua exclusiva conveniência (Agravo de Instrumento n. 2003.008657-9, da Capital, rel. Des. Subst. Newton Janke).

Oportuna é a transcrição de trecho do aresto:

Na espécie, o fato de as empresas estarem autorizadas pelo Deter para a atividade de fretamento intermunicipal não lhes exime de se submeter às normas do Município que disciplinam esse serviço no âmbito de seu território, matéria que, indisputavelmente, se insere no seu interesse local. Seria, aliás, aberrante imaginar que as empresas de transporte ou fretamento intermunicipal, só porque autorizadas pelo Estado a explorar esse serviço, pudessem ignorar e violar solenemente o regramento próprio dos municípios onde atuam, de modo a lhes ser dado fazer o embarque e o desembarque de passageiros onde melhor lhes aprouvesse.

É de se ressaltar, conforme noticiou a própria empresa autora, que foi o Deter quem estabeleceu os itinerários e as tarifas do transporte por ela realizado. Logo, é evidente que a ele deveria ter sido dirigida possível reclamação contra a alteração econômica no custo desse transporte, uma vez que tal representaria quebra do equilíbrio econômico do contrato administrativo por ambos celebrado.

O Município, ao contrário, não contratou nenhum percurso com a requerente, tampouco teve participação no valor das tarifas arrecadadas, de modo que contra ele, por óbvio, não há falar em direito adquirido.

No recurso de apelação, a requerente informa que o percurso anterior foi repostado em 8-5-2006, e que o objeto da demanda, hoje, restringir-se-ia, na essência, à indenização pelo período em que durou o “trajeto alternativo”.

Sustenta, ademais, a nulidade da sentença em comento, porquanto não teria analisado questões essenciais para o deslinde da lide, quais sejam, o fato de o ato administrativo do município de Florianópolis ter sido verbal, e, portanto, nulo; e, também, propriamente o pedido de reparação por perdas e danos.

Primeiro, quanto ao argumento de ato administrativo verbal, suscitado apenas na réplica, percebe-se que foi abordado implicitamente no *decisum* quando o Juiz destacou que o Município tem competência para legislar e “ordenar” o trânsito local.

Ora, é cediço que, embora o ato administrativo escrito seja a regra, é possível que, em situações de urgência, transitórias ou de somenos importância para a Administração Pública, seja ele externado de forma verbal, como, logicamente, na organização do trânsito.

A propósito, colhe-se do ensinamento do mestre Hely Lopes Meirelles:

A inexistência da forma induz à inexistência do ato administrativo. A forma normal do ato de administração é a escrita, embora atos existam consubstanciados em ordens verbais e até mesmo em sinais convencionais, como ocorre com as instruções momentâneas de superior a inferior hierárquico, com as determinações de polícia em casos de urgência e com a sinalização do trânsito. O que convém fixar é que só se admite ato administrativo não escrito em casos de urgência, de transitoriedade da manifestação da vontade administrativa ou de irrelevância do assunto para a Administração (Direito administrativo brasileiro. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 148-149).

E, ainda, de Alexandre de Moraes:

Em regra, todo ato administrativo é formal e escrito, pela necessidade de respeito ao princípio da legalidade, como garantia do próprio administrado e para facilitar seu controle pela própria Administração e pelo Poder Judiciário. Excepcionalmente, porém, o ato administrativo poderá ser verbal, gestual ou por meio de cartazes, como ocorre,

por exemplo, e respectivamente, nas instruções de mero expediente entre superior e subordinado, nas sinalizações de trânsito, ou ainda nas determinações de urgência de polícia e nas placas que vedam acesso ou proíbem o fumo em determinados locais.

Essas hipóteses são restritas a situações de urgência, de transitoriedade da manifestação da vontade administrativa ou de irrelevância do assunto para a Administração, e devem tratar-se de gestos ou sinais convencionais e notórios, de fácil e inconfundível entendimento (Direito constitucional administrativo. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 111).

Assim, não há cogitar em nulidade da sentença tão-somente porque esta não explicitou referida alegação da autora.

Como bem lembrou Humberto Theodoro Júnior, “em matéria do direito aplicável, o juiz não fica adstrito aos fundamentos das pretensões das partes. *Jura novit curia*” (*Curso de direito processual civil*. v. I, Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 447), pois sabe-se que

o órgão judicial, para expressar a sua convicção, não precisa aduzir comentários sobre todos os argumentos levantados pelas partes. Sua fundamentação pode ser sucinta, pronunciando-se acerca do motivo que, por si só, achou suficiente para a composição do litígio (STJ, AgRg no Ag 167.073/SP, rel. Min. José Delgado).

Desse modo, não está o julgador obrigado a se manifestar expressamente sobre tudo o que foi argüido pelas partes, sobretudo quando soluciona a lide utilizando-se de raciocínio jurídico que não se enquadra totalmente ao que fora esposado pelos litigantes.

Com relação à falta de apreciação do pedido de indenização por perdas e danos, o recurso de apelação é ainda mais despropositado.

A sentença foi nítida em considerar que “nenhuma inconstitucionalidade ou ilegalidade há no ato administrativo que impôs aos ônibus de transporte intermunicipal a alteração do itinerário de acesso aos terminais e contra o qual se volta a demanda” (fl. 87). Isso significa que considerou

legítima a atuação do município de Florianópolis, ou, em outros termos, inválido o fundamento jurídico invocado pela demandante, alicerce de todos os requerimentos por ela formulados.

Não se olvide que o pedido de indenização veio baseado também no suposto “ato ilícito” cometido pelo réu, o qual foi refutado.

Dessa forma, é claro que houve a rejeição por inteiro da *actio*, o que englobou, obviamente, o pedido de reparação por perdas e danos.

Por todo o exposto, o voto é pelo desprovimento do recurso.

#### DECISÃO

Nos termos do voto do Relator, a Câmara decidiu, por votação unânime, desprover o recurso.

O julgamento, realizado em 13 de setembro de 2007, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Volnei Carlin, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz.

Florianópolis, 11 de outubro de 2007.

Vanderlei Romer  
RELATOR

## Apelação Cível n. 2007.034128-2, da Capital

Relator: Des. Vanderlei Romer

AÇÃO DE NULIDADE DE ATO ADMINISTRATIVO C/C REINTEGRAÇÃO FUNCIONAL E INDENIZATÓRIA. PROCURADOR MUNICIPAL. DEMISSÃO A BEM DO SERVIÇO PÚBLICO, EM DECORRÊNCIA DE APROPRIAÇÃO DE DINHEIRO PÚBLICO. PROCESSO ADMINISTRATIVO. NULIDADES. INOCORRÊNCIA. ANÁLISE DO MÉRITO DO ATO ADMINISTRATIVO PELO PODER JUDICIÁRIO. ADMISSIBILIDADE. HIPÓTESE, TODAVIA, EM QUE ELE SE AFIGURA LÍDIMO, EM CONSONÂNCIA COM OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E COERENTE COM OS FATOS APRESENTADOS À COMISSÃO, SUFICIENTES QUE FORAM PARA EVIDENCIAR A RESPONSABILIDADE DO AGENTE PELA INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA.

1. A ausência de pré-sindicância não dá azo a nenhuma nulidade, porquanto simples procedimento de caráter preparatório, sem finalidade punitiva. O seu objetivo precípuo é obter os elementos necessários para a elucidação dos fatos, a fim de instruir eventual processo administrativo.

2. Portaria que contém descrição pormenorizada dos fatos imputados ao indiciado, com a especificação das infrações supostamente por ele cometidas, permite, sem sombra de dúvida, a plena ciência das acusações feitas e, por corolário, o amplo exercício do contraditório e da ampla defesa.

3. O artigo 246 da Lei Municipal n. 1.218/84, do município de Florianópolis, em vigor à época da instauração do procedimento objurgado, estabelecia que a comissão de processo disciplinar deveria ser composta de três membros, todos funcionários do quadro. Por funcionário, como resulta dos §§ do artigo 2º, entende-se o ocupante tanto do cargo de provimento efetivo como de comissão.

4. Observados o rito adequado, a cientificação do processo ao interessado, a oportunidade para contestar e produzir provas, assim como para acompanhar os atos de instrução, não se cogita da ocorrência de cerceamento de defesa. A não-intimação do réu para acompanhar o depoimento da co-ré tem sustentáculo no or-

denamento jurídico, mais precisamente no artigo 189 do Código de Processo Penal, em vigor por ocasião da realização do ato, que determinava a oitiva separada dos acusados.

5. Admite-se, excepcionalmente, que o Poder Judiciário adentre na análise do mérito do ato administrativo. A sua modificação, contudo, só é admissível se caracterizado, de modo evidente, um flagrante equívoco na análise da prova e na aplicação da sanção. Do contrário, ou seja, se evidenciado que o agente público realmente cometeu ilícito gravíssimo, nada há a questionar sobre o acerto ou desacerto da decisão administrativa que o puniu.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2007.034128-2, da comarca da Capital (Unidade da Fazenda Pública), em que é apelante Carlos Jorge de Souza, e apelado o município de Florianópolis:

ACORDAM, em Primeira Câmara de Direito Público, por votação unânime, afastar as preliminares e prover parcialmente o recurso para fixar os honorários advocatícios em R\$ 3.000,00 (três mil reais). Custas de lei.

## RELATÓRIO

Cuida-se de ação de nulidade de ato administrativo *c/c* reintegração funcional e indenizatória deflagrada por Carlos Jorge de Souza contra o município de Florianópolis.

A *actio* tem por objeto processo administrativo instaurado contra o autor, que culminou na sua demissão do cargo de procurador municipal, por meio do Decreto Municipal n. 0604/96. De acordo com o exposto na exordial, o procedimento estaria eivado de vícios os quais obstavam a sua subsistência, pelo que era de rigor a reintegração do requerente no referido cargo, bem como o pagamento das vantagens financeiras que deixou de auferir durante o período em que ficou afastado do serviço público.

À contestação, seguiu-se a réplica.

Por duas vezes o Ministério Público disse que a sua intervenção na hipótese era absolutamente desnecessária.

Conclusos os autos, o MM. Juiz Hélio do Valle Pereira sentenciou para rejeitar a pretensão inaugural, convicto de que foi obedecido o devido processo legal e de que a conclusão final administrativa foi coerente com os fatos apresentados durante o procedimento.

Irresignado, recorreu o vencido.

Primeiramente, noticiou que foi demitido “a bem do serviço público, em decorrência de apropriação de dinheiro público do município de Florianópolis, com base no art. 224, I, *a e c*, da Lei Municipal n. 1.218/74” (fl. 255).

Ao depois, passou a arrolar os vícios que teriam maculado o procedimento administrativo, e que podem ser assim sintetizados: a) impossibilidade de apuração da suposta infração e punição em procedimento administrativo, uma vez que, a partir do advento da Lei n. 8.429/92, a via adequada para a verificação do dano supostamente causado ao erário e conseqüente aplicação da pena de restituição do prejuízo deve ser feita mediante processo judicial (REsp. n. 669.953, rel. Min. Felix Fischer); b) violação ao disposto no artigo 246 da Lei Municipal n. 1.218/74, porquanto a Comissão Disciplinar foi presidida por Oscar Juvêncio Borges Neto, o qual não possui investidura estável em cargo público, tese essa não contestada, o que leva à presunção de veracidade nos exatos termos do artigo 302 do CPC; c) indeferimento da prova pericial contábil que cerceou o seu direito de defesa, porque apenas por seu intermédio é que poderia comprovar que as assinaturas constantes dos documentos, cuja emissão foi a ele atribuída, foram falsificadas, muito provavelmente pela co-ré, no processo administrativo, Marli de Fátima Marques de Souza, que creditava em sua conta bancária honorários de outros advogados como se



a ele pertencessem; d) constituição da Comissão Processante após a prática dos fatos que lhe foram atribuídos, em um evidente direcionamento; e) sigilo absoluto da sindicância, o que impediu o acesso ao seu conteúdo; f) violação de seu sigilo bancário, de forma fraudulenta e de inopino; g) nulidade da Portaria n. 288/96, que instaurou a Sindicância, porque inobservados o contraditório e a ampla defesa; h) ausência de sua intimação para acompanhar o interrogatório da co-ré no processo administrativo; e i) veiculação da acusação que lhe foi imputada pela imprensa, por meio da qual tomou conhecimento das acusações que sobre si pairavam, e que certamente “induziu na convicção das testemunhas” (fl. 285), o que leva à configuração do dano moral.

Há, ainda, argüição de cerceamento de defesa pelo julgamento antecipado da lide e impugnação ao entendimento do Togado *a quo* de que é vedado ao Poder Judiciário incursionar no mérito do ato administrativo. O recorrente citou, sob esse aspecto, precedente da Seção Civil desta Corte, em sentido diametralmente oposto. Ao depois, assinalou que, em nenhum momento, pensou em apropriar-se indevidamente do dinheiro público, tampouco ocorreu o mínimo intento de prevaricação em relação às verbas públicas para satisfazer interesse próprio. Negou ter acesso direto ao dinheiro dos executivos fiscais, bem como que fazia cobranças, as quais ficariam a encargos de terceiros. Ressaltou que era bastante significativo o número de execuções, o que demonstra o seu desconhecimento a respeito da procedência dos valores que eram depositados por Marli de Fátima Marques de Souza em sua conta, porquanto efetivamente havia expectativa de recebimento de honorários. Aduziu, ainda, que é forçoso reconhecer que grande parte do numerário desviado pela co-requerida era depositada em sua própria conta corrente. Discorreu sobre a imparcialidade do julgamento administrativo e sobre a efetiva ocorrência de dano moral, com a dedução de argumentos que passam a fazer parte integrante desta suma.

Na hipótese, contudo, é de ser mantido o decreto de procedência. Sustentou que é incabível a fixação de honorários de sucumbência, uma vez que beneficiário da justiça gratuita e, ainda, que o respectivo valor, R\$ 10.000,00, é excessivo e não atende à realidade da demanda.

Procedeu aos requerimentos de praxe, compatíveis com as argüições, e prequestionou dispositivos constitucionais e infraconstitucionais.

Oferecidas as contra-razões, alçaram os autos a esta instância.

## VOTO

Observa-se, de início, que, em suas razões recursais, o apelante traz a lume novo argumento, que não foi submetido ao crivo do Juízo *a quo*, a saber: a usurpação da função judiciária pelo Prefeito Municipal ao determinar a instauração do processo administrativo, uma vez que a perda da função pública e os “acessórios em razão de atos de improbidade” somente podem ser decretados judicialmente.

Trata-se de alegação desarrazoada.

O artigo 12 da Lei n. 8.429/92 estabelece que “Independentemente das sanções *penais, civis e administrativas*, previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações: [...]” (sem grifo no original).

Como se vê, a lei especial prevê que o agente tido por ímprobo responde civilmente, penalmente e administrativamente pelo ilícito que cometeu. Dito de outra forma, não há óbice a que contra o ímprobo sejam instaurados simultaneamente os processos nas respectivas instâncias.

Em comentários ao dispositivo em tela, Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves assinalam que

esse preceito, de natureza eminentemente material, visa a dirimir quaisquer dúvidas no sentido de que a aplicação de determinada

sanção em uma seara não afasta as sanções passíveis de aplicação nas demais (*Improbidade administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 492).

Demais disso, ao que se tem, ao recorrente foi aplicada a pena de demissão. Não há notícia de que tenha sido obrigado a ressarcir os valores supostamente desviados para a sua conta corrente. O próprio precedente citado no apelo vai de encontro à tese do irresignado, pois cogita da impossibilidade de se condenar o servidor, por meio de processo administrativo, ao ressarcimento da restituição do prejuízo, à múngua de previsão na lei aplicável ao caso de sanção de cunho pecuniário, mas não da aplicação de penalidade que não atinja diretamente a sua esfera extrapatrimonial.

Veja-se:

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS AO ERÁRIO. RESTITUIÇÃO. SINDICÂNCIA. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. IMPOSSIBILIDADE. PROCESSO JUDICIAL. VIA ADEQUADA.

O Estatuto dos Servidores Públicos prevê a responsabilização civil do servidor público, quando este causar prejuízo ao erário ou a terceiros, porém, a via adequada para apuração do dano causado e conseqüente aplicação da pena de restituição do prejuízo deve ser o processo judicial regular.

Recurso não conhecido (REsp. n. 669.953, rel. Min. Felix Fischer).

Anote-se que a pena de demissão está prevista no artigo 223 da Lei Municipal n. 1.218/74 – Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do município de Florianópolis, assim como na Lei Complementar n. 063/03 (art. 159).

A arguição de cerceamento de defesa, de seu turno, é de nítida improcedência. A controvérsia impunha-se dirimida à luz do acervo probatório trazido aos autos, consubstanciada no processo administrativo. De efeito, a partir da sua análise, é que o Julgador deveria formar a sua convicção, porquanto a demanda gira em torno de ilegalidades que teriam sido per-

petuadas no seu decorrer. A correção, ou não, da sanção imposta ao indiciado também passava, como passa, pela análise dos elementos de prova ali existentes. Nesse passo, a produção de novos elementos de prova afigura-se despicienda, pois, repita-se, está em xeque a lisura do procedimento.

Passa-se, agora, a verificar as demais nulidades suscitadas, separadamente.

#### Nulidade da Portaria n. 288/96

Sob esse aspecto, o apelante não aponta propriamente nenhum vício formal. Afirma, apenas, que “mesmo sendo autônoma, a sindicância deveria propiciar o direito da ampla defesa e do contraditório” (fl. 282). Ora, cuida-se de alegação que nada tem a ver com o ato de instauração em si considerado, mas, sim, com circunstâncias posteriores.

De todo modo, a Portaria n. 288/96 contém descrição pormenorizada dos fatos imputados ao apelante, com especificação das infrações que, em tese, tanto ele quanto Marli de Fátima Marques de Souza, igualmente indiciada, teriam cometido.

Permitiu aos indiciados, portanto, ter uma exata noção das acusações que lhes foram feitas, concedendo o amplo exercício do contraditório e da ampla defesa.

É, pois, tecnicamente perfeita.

Como leciona Hely Lopes Meirelles, ao discorrer sobre a instauração do processo administrativo,

o essencial é que a peça inicial descreva os fatos com suficiente especificidade, de modo a delimitar o objeto da controvérsia e a permitir a plenitude da defesa. Processo com instauração imprecisa quanto à qualificação do fato e sua ocorrência no tempo e no espaço é nulo (*Direito administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 661).

## Ausência de prévia sindicância

A ausência de sindicância ou de pré-sindicância não dá azo a nenhuma nulidade.

Nesse norte, confirmam-se precedentes do Supremo Tribunal Federal:

MANDADO DE SEGURANÇA. SINDICÂNCIA. ALEGAÇÃO DOS IMPETRANTES DE NÃO TEREM SIDO OUVIDOS NESTA FASE. PROCEDIMENTO DESTINADO À SIMPLES VERIFICAÇÃO DE IRREGULARIDADES. EQUIPARAÇÃO AO INQUÉRITO POLICIAL. [...] (MS n. 22.888/PR, rel. Min. Nelson Jobim).

SERVIDOR PÚBLICO — PROCESSO ADMINISTRATIVO — SANÇÃO DISCIPLINAR — DEMISSÃO POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA — LEI N. 8.112/90 — PRÉVIA INSTAURAÇÃO DE SINDICÂNCIA — DESNECESSIDADE, PORQUE EXISTENTES DADOS SUFICIENTES À IMEDIATA INSTAURAÇÃO DO PROCESSO DISCIPLINAR — ALEGADA OFENSA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA — INOCORRÊNCIA — PRETENDIDA DEMONSTRAÇÃO DA INSUFICIÊNCIA DOS ELEMENTOS PROBATÓRIOS QUE DERAM SUPORTE À PUNIÇÃO DISCIPLINAR — MATÉRIA DE FATO CONTROVERTIDA — INVIABILIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA INCIDENTAL EM SEDE MANDAMENTAL — MANDADO DE SEGURANÇA INDEFERIDO. *A sindicância administrativa — enquanto simples procedimento de caráter preparatório — não se reveste de finalidade punitiva, achando-se instrumentalmente vocacionada a subsidiar, com elementos idôneos, a instauração, pela Administração Pública, de procedimento disciplinar contra o servidor estatal. Nada impede, contudo, que a Administração Pública, dispondo de elementos probatórios idôneos, faça instaurar, desde logo, contra determinado servidor estatal, independentemente de prévia abertura de sindicância, processo administrativo-disciplinar destinado a viabilizar a imposição da sanção legal pertinente, observadas, necessariamente, em tal contexto, as garantias de ordem jurídica decorrentes da cláusula constitucional do due process of law [...] (MS n. 22.122, rel. Min. Celso de Mello, sem grifo no original).*

O Superior Tribunal de Justiça ecoa esse entendimento, como exsurge do julgado que segue:

Não há nulidade no processo disciplinar pela ausência de instauração prévia de sindicância, pois esta é mera medida preparatória daquele, sendo dispensável se já há elementos suficientes para a deflagração do processo. Precedentes do colendo STF (MS n. 7.069, rel. Min. Felix Fischer).

Em síntese, a sindicância é procedimento meramente investigativo, e não se reveste necessariamente de caráter punitivo. Na espécie, aliás, o sigilo era de todo justificável, diante da seriedade das acusações. Tivesse, é claro, sido aplicada a penalidade após a sua conclusão, aí sim poderia-se cogitar de nulidade. Mas não. Após a sua realização foi instaurado o processo administrativo, no qual, antecipa-se, foi devidamente observado o direito ao contraditório e à ampla defesa.

Comissão Processante presidida por servidor não estável – Violação ao artigo 5º, incisos XXXVII e LIII; artigo 37, inciso II, todos da Constituição Federal; artigo 19 do ADCT; artigo 149 da Lei n. 8.112/90; artigo 246 da Lei Municipal n. 1.218/74 e artigo 183 da Lei n. 2.517/86

Retira-se da Portaria n. 288/96 que Oscar Juvêncio Borges, Procurador Municipal, foi designado para integrar a Comissão de Processo Disciplinar, nos termos do artigo 246 da Lei Municipal n. 1.218/74, *in verbis*: “o processo será promovido por uma comissão designada pelo Prefeito e composta de 3 membros, todos funcionários, sendo o Presidente, de preferência, bacharel em direito”.

O recorrente insiste que o presidente da Comissão não é servidor efetivo, o que seria obrigatório.

O dispositivo aqui transcrito, porém, não contém nenhuma determinação desse jaez. A lei fala em “funcionário”, sem maiores especificações. E o conceito de funcionário público é trazido pela própria legislação,

como exsurge do artigo 2º e §§: “funcionário é pessoa legalmente investida em cargo público. [...] Os cargos podem ser de provimento efetivo e em comissão e quanto à natureza, isolados e de carreira”. É evidente, absolutamente óbvio, que o funcionário de que cogita o artigo 246 tanto pode ser ocupante de cargo de provimento efetivo como de comissão. E, *in casu*, o procurador municipal designado para presidir a Comissão só pode estar inserto em uma dessas duas categorias. Registre-se que o texto expresso em lei, encerrando comando absolutamente claro sobre a matéria, obsta a aplicação analógica de qualquer outra legislação. As modificações legais posteriores, que passaram a ser mais restritivas, não têm lugar no caso. Recorde-se o princípio do *tempus regit actum*. Vale ainda anotar que o texto legal não malfere a Constituição Federal, porque elaborado em consonância com o seu artigo 30. Não há, também, nenhum dispositivo na Carta Magna que torne obrigatória a nomeação de um funcionário efetivo para presidir uma comissão processante.

De qualquer sorte, partindo-se do pressuposto de que a designação foi ilegal (o que, enfatize-se, não foi), cumpre indagar: qual foi o prejuízo sofrido pelo autor em virtude disso?

Ele nada diz a respeito.

Invoca apenas o aspecto formal.

Mas olvidou que o reconhecimento da nulidade pressupõe a prova do prejuízo.

Nesse sentido, colhe-se de elucidativo julgado do Superior Tribunal de Justiça, *mutatis mutandis*:

Por fim, cumpre lembrar que eventual nulidade processual exige a respectiva comprovação do prejuízo à defesa, o que não ocorreu no presente caso. Assim, aplicável à espécie o princípio do *pas de nullité sans grief*. Neste sentido:

“ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PORTARIA INAUGURAL. NULIDADE. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO PREJUÍZO. PRINCÍPIOS DA ISONOMIA, RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. OFENSA. INOCORRÊNCIA. MÉRITO ADMINISTRATIVO. REEXAME PELO PODER JUDICIÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO DESPROVIDO.

“I — Consoante entendimento do Superior Tribunal de Justiça, a portaria de instauração do processo disciplinar prescinde de minuciosa descrição dos fatos imputados, sendo certo que a exposição pormenorizada dos acontecimentos se mostra necessária somente quando do indiciamento do servidor. Precedentes.

“II — Aplicável o princípio do *pas de nullité sans grief*, pois a nulidade de ato processual exige a respectiva comprovação de prejuízo. *In casu*, o servidor teve pleno conhecimento dos motivos ensejadores da instauração da ação disciplinar.

(*omissis*).

“V — Recurso desprovido” (RMS n. 19.694/MS, Min. Gilson Dipp, DJ de 29-8-2005).

“PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. CERCEAMENTO DE DEFESA. PRAZO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. NULIDADE DESCARACTERIZADA.

“Se a punição imposta ao impetrante foi baseada em prévio procedimento administrativo disciplinar, no qual se oportunizou ao acusado a possibilidade de acompanhar todos os atos processuais, a simples diminuição do prazo previsto para a entrega das alegações finais não acarreta a sua nulidade, que é reconhecida tão-somente quando demonstrado que a antecipação causou prejuízo à defesa do servidor.

“Recurso desprovido” (RMS n. 19.825/SP, rel. Ministro Felix Fischer, DJ de 12-9-2005).

“ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. NULIDADES. OFENSA AO DEVIDO PROCESSO LEGAL. INOCORRÊNCIA. NÃO COMPROVAÇÃO DE PREJUÍZO. *WRIT* IMPETRADO



COMO FORMA DE INSATISFAÇÃO COM O CONCLUSIVO DESFECHO DO PROCESSO DISCIPLINAR. CAUSA DE PEDIR. DELIMITAÇÃO DA ATIVIDADE JURISDICIONAL NA AÇÃO. DECISÃO *EXTRA PETITA*. PRINCÍPIO DA CONGRUÊNCIA. ORDEM DENEGADA.

“I — Consoante entendimento desta Corte, em sede de processo administrativo disciplinar, a descrição pormenorizada dos fatos se mostra necessária quando do indiciamento do servidor. Somente após a fase instrutória — onde são apurados os fatos, com a colheita das provas pertinentes — há a possibilidade de se indicar os acontecimentos com precisão, não se podendo exigir que a Portaria inaugural do processo administrativo contenha descrição minuciosa da imputação ao servidor.

“II — Aplicável o princípio do *pas de nullité sans grief*, tendo em vista que eventual nulidade do processo administrativo exige a respectiva comprovação do prejuízo, o que não ocorreu no presente caso.

(*omissis*)

“VI — Ordem denegada” (MS n. 9.315/DF, rel. p/ acórdão Min. Gilson Dipp, DJ de 27-4-2005) (RMS n. 20.481, rel. Min. Gilson Dipp).

Ainda sobre a Comissão Processante, aduziu o recorrente tese, no mínimo, inédita, qual seja, de que a sua constituição após a prática dos atos a ele imputados viola o princípio do juiz natural.

Ora como seria possível instaurá-la antes se nada se sabia acerca da conduta dita ilegal do acusado?

Cerceamento de defesa no âmbito do processo administrativo

Sustenta o apelante que era imprescindível a realização de perícia grafotécnica para a comprovação de que “inúmeras” assinaturas que lhe foram imputadas são falsificações levadas a efeito pela co-ré. E, também, para demonstrar que fazia jus aos valores que foram creditados em seu favor. O cerceamento de defesa teria decorrido, por igual, do fato de que poderia ter arrolado mais testemunhas. Menciona, também, que enca-

minhou requerimento para oitiva de Francis Oliveira, tempestivamente. Dito requerimento, no entanto, chegou ao conhecimento dos membros da comissão somente quatro meses depois. Ao arremate, diz que não foi intimado para acompanhar o depoimento da co-ré.

A observância do contraditório e da ampla defesa durante qualquer espécie de procedimento é, sabidamente, inafastável. São direitos reconhecidos pela Constituição Federal, decorrência do devido processo legal.

Hely Lopes Meirelles assinala que

por garantia de defesa deve-se entender não só a observância do rito adequado como a cientificação do processo ao interessado, a oportunidade para contestar a acusação, produzir prova de seu direito, acompanhar os atos da instrução e utilizar-se dos recursos cabíveis (ob. cit., p. 660).

E mais à frente, vale-se dos ensinamentos de Frederico Marques, para quem

“se o poder administrativo, no exercício de suas atividades, vai criar limitações patrimoniais imediatas ao administrado, inadmissível seria que assim atuasse fora das fronteiras do *due process of law*. Se o contrário fosse permitido, ter-se-ia de concluir que será lícito atingir alguém em sua fazenda ou bens, sem o devido processo legal”.

E remata o mesmo jurista:

“Isto posto, evidente se torna que a Administração Pública, ainda que exercendo seus poderes de autotutela, não tem o direito de impor aos administrados agravamentos e sanções que atinjam, direta ou indiretamente, seu patrimônio, sem ouvi-los adequadamente, preservando-lhes o direito de defesa”.

Processo administrativo sem oportunidade de defesa ou com defesa cerceada é nulo, conforme têm decidido reiteradamente nossos Tribunais judiciais, confirmando a aplicabilidade do princípio constitucional do devido processo legal, ou, mais especificamente, da garantia da defesa (ob. cit., p. 661).

O teor das alegações da parte obriga a análise pormenorizada do processo administrativo.

Após a publicação da portaria inaugural, Carlos José de Souza foi citado para prestar depoimento perante a Comissão Processante no dia 23 de abril de 1996. Foi-lhe assegurado o direito de defesa, bem como de arrolar até oito testemunhas e juntar documentos até o dia 10 de maio de 1996, diretamente com a Secretária. Mencionou-se especificamente, ainda, o seu direito a acompanhar todo o procedimento (fl. 33). Foi, ainda, notificado acerca da audiência na qual seriam ouvidas 10 (dez) testemunhas (fl. 34).

À fl. 195 do procedimento administrativo, o ora autor requereu a produção de prova testemunhal, pericial e documental, isso em *17 de maio de 1996*. A despeito do requerimento ser extemporâneo, este foi deferido, conforme consta da Ata de Deliberação que repousa à fl. 324.

Posteriormente, nova Ata de Deliberação foi lavrada, com o deferimento da prova pericial grafotécnica requerida pelo acusado (fl. 327), em relação ao documento de fl. 87. Seguiu-se pedido de reconsideração contra o indeferimento de perícia nos demais documentos (fl. 340).

Em 10 de junho de 1996, Carlos Jorge de Souza foi citado para apresentar defesa (fl. 421).

Prosseguindo no exame do processo, verifica-se que é inverídica a alegação de que o requerimento pela oitiva de Francis Oliveira chegou ao conhecimento do Presidente da Comissão quatro meses depois de formulado. Cópia do requerimento repousa à fl. 422 dos autos. Está datado de 5 de junho de 1996, com recebimento na mesma data. Chegou às mãos do Presidente em *10 de junho de 1996*.

O prazo para a apresentação do rol de testemunhas findou em 10 de maio de 1996.

Além da assertiva, pois, ser inverídica, ela não poderia, de qualquer sorte, ser acolhida.

Ao depois, a ausência de intimação para acompanhar o depoimento da có-ré tem fundamento legal. Aqui, aplica-se analogicamente o artigo 189 do Código de Processo Penal, observada a redação vigente à época. Tenha-se em mente que a nova redação do artigo 191, conferida pela Lei n. 10.792, de 2003, manteve a norma, pois estabelece que “havendo mais de um acusado, serão ouvidos separadamente”.

A apregoada ilegalidade da quebra do sigilo bancário consiste em argüição, no mínimo, curiosa, diante do fato de o requerente tê-la autorizado administrativamente (Ofício n. PD 001/96-002/96, fl. 48).

Nesse contexto, a alegação de que houve ofensa aos princípios da ampla defesa e do contraditório beira a má-fé e denota um inaceitável propósito de obter a reforma do *decisum* a qualquer custo.

Por fim, cumpre enfrentar a questão da perícia, que, a bem da verdade, está entrelaçada com o próprio mérito.

O apelante sustenta a possibilidade de o Poder Judiciário ingressar no mérito do ato administrativo. Anote-se que a última parte da decisão, aqui transcrita, evidencia que o Julgador *a quo* não diverge de tal entendimento. Mas assinala, de forma pertinente, que tal é possível se presente um flagrante equívoco da Administração na apuração dos fatos, bem como na aplicação da pena.

Deveras, a possibilidade de o Judiciário apreciar, ainda que de forma excepcional, a razoabilidade e a proporcionalidade do ato administrativo vem, hodiernamente, ganhando indiscutível força.

Valioso estudo sobre o tema encontra-se na obra de Rubem Dário Peregrino Cunha (*A juridicização da discricionariedade administrativa*. Salvador: Vércia, 2005. p. 98-99):

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, na sua clássica obra *Direito Administrativo*, em longo exame do tema, acompanha o pensamento de Ribeiro Bastos, quando compreende o controle judicial ao lado do princípio da legalidade, como, “um dos fundamentos em que repousa o Estado de Direito”, no pressuposto de que “[...] nada adiantaria sujeitar-se a Administração Pública à Lei, se os seus atos não pudessem ser controlados por um órgão dotado de garantia de imparcialidade que permita apreciar e invalidar os atos ilícitos a ela atribuídos”. Fixando a posição brasileira, Di Pietro, como todos que tratam do tema, coloca como de jurisdição una, pela qual o Poder Judiciário tem o monopólio da função jurisdicional, a atribuição de apreciar, com força de coisa julgada, a lesão ou a ameaça de lesão a direitos individuais e coletivos. Ressalta que nosso sistema se afastou do sistema de dualidade de jurisdição, em que, “paralelamente ao Poder Judiciário, existem os órgãos do contencioso administrativo que exercem função jurisdicional sobre lides de que a Administração Pública seja parte interessada”. No seu entender, o “[...] fundamento constitucional do sistema da unidade de jurisdição é art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, que proíbe a lei de excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito qualquer que seja o autor da lesão”. E mesmo o Poder Público poderá ser levado às vias judiciais. *Os limites, em tela, inexistem, para o foco da luz do Direito. Isso porque o Poder Judiciário pode examinar os atos da Administração Pública, de qualquer natureza, gerais ou individuais, unilaterais ou bilaterais, vinculados ou discricionários, com o intuito de ver-lhes os aspectos da legalidade e, agora, pela Constituição de 1988, da moralidade, como, expressamente, estatuem o art. 5º, inciso LXXIII e o art. 47, incisos (sem grifo no original).*

O julgado a seguir transcrito bem sintetiza essa orientação:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. DEMISSÃO. ESTÁGIO PROBATÓRIO. INIDONEIDADE. APURAÇÃO EM PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. REGULARIDADE. VERIFICAÇÃO. SÚMULA 07/STJ. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA. FUNDAMENTOS SUFICIENTES PARA O *DECISUM*. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. VERIFICAÇÃO DA CORRESPONDÊNCIA ENTRE A PENA APLICADA E A CONDUTA PRATICADA. POSSIBILIDADE DE CONTROLE

PELO JUDICIÁRIO. PRECEDENTES DESTA CORTE E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO DESPROVIDO (AG n. 573.555, rela. Mina. Laurita Vaz).

Nesse passo, urge concluir que, ainda que o processo administrativo tenha-se desenvolvido de forma regular, uma vez caracterizada de forma inequívoca, repita-se, um flagrante equívoco na análise da prova e na aplicação da sanção, possível que se proceda a sua anulação.

Mas, no caso vertente, os elementos coligidos aos autos assim não o demonstram. Há, contrariamente, uma amplo acervo probatório que propicia uma única conclusão: houve realmente o desvio de verbas relativas aos honorários advocatícios de outros procuradores municipais para o autor, de grande vulto e por um longo lapso temporal. A prova é robusta nesse sentido e o requerente não logrou êxito em demonstrar o contrário.

Ele próprio, urge dizer, reconheceu que foram desviadas para a sua conta corrente quantias às quais não fazia jus. Buscou esquivar-se da responsabilidade, contudo, ao argumento de que tudo foi feito por Marli de Fátima Marques de Souza, a qual lhe creditou os honorários pertencentes aos outros membros da Procuradoria.

Aliás, nem poderia negar os depósitos.

Repousa no processo documento encaminhado ao Procurador-Geral do Município, por ordem do MM. Juiz de Direito da Vara dos Feitos da Fazenda e Acidentes do Trabalho da Capital, no qual consta que Carlos Jorge de Souza recebeu honorários relativos a execuções fiscais distribuídas a outros procuradores (Execuções Fiscais 1068, 1066, 1366, 1384, dentre tantas outras, fl. 97, pasta 1). Detida análise da tabela ilustrativa que acompanha o Relatório da Comissão acusa que o desvio era contínuo e que, no mês de abril de 1995, 84% dos valores relativos aos 31 executivos fiscais pagos foram direcionados para o irresignado (fl. 478). Há notícia, ainda,

de que, embora ciente de proibição expressa de retirada de honorários de sucumbência, assim o fazia (fl. 482).

Uma das testemunhas, ouvidas durante o processo administrativo, foi taxativa: “o autor e a co-requerida Marli estavam mancomunados” (fl. 16). As demais salientam o envolvimento amoroso de ambos.

As demais teses do vencido foram todas afastadas pelo Julgador *a quo*, Dr. Hélio do Valle Pereira, com lógica inabalável.

O autor invoca inúmeros vícios formais no processo administrativo que o conduziu à demissão.

[...]

3. A segunda tese leva em conta cerceamento de defesa em razão do indeferimento da produção de prova pericial (fl. 8), bem assim da falta de oitiva de testemunha (fl. 15).

Deve-se atentar, entretanto, que as recusas foram motivadas.

Inicialmente, pretendia o autor que fosse ouvida, na esfera administrativa, uma nova testemunha (fls. 422-424 do processo administrativo). Tal inquirição, todavia, foi prontamente indeferida (fl. 422 daquele processo), visto que intempestivamente requerida. Note-se que, naquele momento, até mesmo já estava apresentado o “relatório de instrução” (fls. 417-419), de sorte que há muito tempo fluíra o prazo para o servidor indicar as pessoas que pretendia que fossem inquiridas.

No âmbito muito mais grave do direito processual penal, a propósito, já se firmou que “não constitui constrangimento ilegal e nem contraria o princípio constitucional da ampla defesa, o indeferimento de rol de testemunhas apresentadas a destempo, ultrapassada a fase da prévia” (STJ, RHC n. 2.826/SP, rel. Min. Cid Flaquer Scartezzini).

Relativamente à perícia, houve esclarecimentos mais do que bastantes quanto às razões para a dispensa de sua realização. Melhor, houve dois requerimentos nesse sentido, sendo uma das avaliações técnicas até deferida (fl. 327). A fundamentação relativa à negativa

da prova foi, demais, posteriormente ratificada (fl. 467 daquele processo administrativo).

Ora, nem sequer em processo judicial o simples protesto pela produção de provas é de atendimento cogente para o magistrado; cabe-lhe avaliar, em cada caso, a necessidade de tais elementos de convicção adicionais. Se, de maneira racionalmente exposta, houver a denegação, não surgirá ofensa ao devido processo legal.

Confira-se:

“PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO. MAGISTRADO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. APOSENTADORIA COMPULSÓRIA. MANDADO DE SEGURANÇA. DECADÊNCIA. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. RECONHECIMENTO DE OFÍCIO. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO-OCORRÊNCIA. RECURSO ORDINÁRIO CONHECIDO E IMPROVIDO.

“1. A decadência, por ser matéria de ordem pública, deve ser declarada a qualquer tempo, inclusive de ofício. Precedentes.

“2. Hipótese em que a sessão de julgamento que determinou a instauração de processo administrativo contra o recorrente e seu afastamento preventivo do cargo foi realizada em 22-11-96, enquanto que o presente mandado de segurança somente foi impetrado em 15-12-98. Decadência reconhecida.

“3. É firme o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que somente se declara nulidade de processo administrativo quando for evidente o prejuízo à defesa. Precedentes.

“4. O indeferimento motivado do pedido de acareação de testemunhas e de perícia grafotécnica não importa em cerceamento de defesa quando o conjunto probatório dos autos tornar desnecessária a produção de tais provas.

“5. Recurso ordinário conhecido e improvido” (RMS n. 13.144/BA, rel. Min. Arnaldo Esteves de Lima).

4. Invoca o autor, de outro lado, que foi instaurada sindicância de caráter sigiloso. Não tem, aqui também, razão, mesmo que tivessem ocorrido tais fatos.



Sindicância é procedimento unilateral, de natureza inquisitória, voltado à apuração de indícios em desfavor do servidor. O caráter sigiloso é até benéfico ao investigado, pois evita que seja dada publicidade a eventuais acusações inconsistentes.

Demais, o Estatuto dos Servidores dispõe:

“Art. 244 — A autoridade que, de qualquer modo, tiver conhecimento de irregularidade ocorrida em sua jurisdição, é obrigada a promover-lhe a apuração imediata, em processo disciplinar, assegurando-se ao acusado ampla defesa, por si ou por procurador constituído.

“§ 1º — Quando a denúncia apresentar dúvida quanto à sua veracidade ou exatidão, a autoridade deverá preliminarmente promover sindicância sigilosa, por um ou mais funcionários”.

[...]

5. Outra causa de nulidade, diz o acionante, é relativa à quebra do seu sigilo bancário. Deve-se ter em mira que o próprio autor consentira quanto à investigação em suas contas correntes bancárias (fl. 87 do processo administrativo). O direito ao sigilo é manifestamente disponível; se o autor dele abdicou, não há como – sem grave contradição – vir posteriormente a se insurgir quanto aos fatos que ele próprio desejou tornar públicos.

Mesmo que assim não fosse, inexistiria nulidade alguma.

A essência da investigação administrativa estava na definição do destino de pagamentos havidos em processos judiciais apresentados pela municipalidade. Cuidava-se de definir onde fora depositado dinheiro de titularidade da Prefeitura de Florianópolis. Tais quantias, demais, haviam transitado por meio de processo judicial e sido recolhidas por intermédio de guias públicas. Difícil, estimo, dizer que a apuração da conta corrente na qual feito esse depósito levasse a se agredir a intimidade. Tratava-se, na realidade, de meramente confrontar a pertinência dos valores depositados com processos judiciais e a titularidade da conta corrente favorecida.

6. Protesta o autor, também, em razão da publicação de notícia ofensiva no jornal “O Estado”. Tal fato, se revela ilicitude, deveria ser alvo de ataque em desfavor da pessoa jurídica responsável por

aquela publicação, mas não pode servir de uma causa de absolvição do autor.

7. O demandante não se conforma, sob outro ângulo, com a Portaria que deflagrou o início do processo administrativo, considerando-a maculada por vícios derivados de “sindicância sigilosa”. O ato administrativo combatido está à fl. 4 do processo disciplinar. Tecnicamente é perfeito, descrevendo a imputação, constituindo a comissão processante e ressaltando a defesa.

Nada além disso seria necessário para atender ao devido processo legal.

As supostas máculas anteriores já foram tratadas nos itens precedentes desta sentença.

8. A derradeira impugnação formal se refere à falta de intimação para acompanhar o interrogatório de co-ré.

Ao dar início aos trabalhos, a comissão disciplinar agendou de plano os depoimentos dos dois acusados (fl. 3). O agora demandante (então acusado) foi citado (fl. 33) e inquirido (fl. 129), sendo que no dia seguinte foi ouvida a outra investigada.

O autor é advogado; caso considerasse imprescindível acompanhar aquela segunda inquirição, bastaria ter a iniciativa de obter conhecimento quanto ao dia em que assim ocorreria. Impossível alegar ignorância quanto a essa possibilidade.

O fato, de toda sorte, é que não existe exigência legal para que assim ocorresse. Nem sequer a legislação processual penal assim impõe (arts. 187 e ss. do CPP).

9. Superados esses aspectos, prévios, tem-se que o autor, no mais, pretende rediscutir as conclusões administrativas.

Ocorre que foi obedecido o devido processo legal; a asserção final do procedimento extrajudicial foi coerente com os fatos apresentados – nem de longe se podendo afirmar que tenha incorrido em vício lógico.

Venho, muitas vezes, aplicando conceito muito limitado de discricionariedade, sustentando reiteradamente a pertinência do Judiciário ir além da postura tradicional, que singelamente cuidava de tais atos como sendo imunes ao controle. Coisa diversa, no entanto, é

permitir que o Juiz substitua a Administração, tencionando assumir as coisas administrativas, tal qual fosse, por presunção, mais sábio ou altruísta que o agente público. Por isso, deve-se ver com muito comedimento a possibilidade de meramente rever as conclusões administrativas. Em resumo (e como regra) pode-se reiterar: “Em relação ao controle jurisdicional do processo administrativo, a atuação do Poder Judiciário circunscreve-se ao campo da regularidade do procedimento, bem como à legalidade do ato demissionário, sendo-lhe defesa qualquer incursão no mérito administrativo, a fim de aferir o grau de conveniência e oportunidade” (Superior Tribunal de Justiça, MS n. 8.834-DF, rel. Min. Gilson Dipp).

E mesmo que se pregue, como me parece factível, a possibilidade de o Judiciário sindicarem os motivos do ato, tal haverá de ser reservado para as situações nas quais haja um perceptível distanciamento entre a decisão e as proposições legais – isto no pressuposto de uma seriamente equivocada apreensão dos fatos. Na situação concreta, no entanto, é suficiente reconhecer que o autor confessa que houve o creditamento de verbas públicas em sua conta corrente.

A justificativa para tal, não fosse a desonestidade algo tão repulsivo, seria pândega: “em função do amor” (fl. 26) outra servidora pública que tinha acesso a tais movimentações resolvera, à revelia do autor, fazer os depósitos. O beneficiado, mantido insciente da silenciosa declaração de paixão, ficou perplexo quando o fato foi revelado. Melhor, o sentimento arrebatador era representação somente de uma “amizade ampla, muito profunda, nada tendo a ver com o relacionamento homem-mulher” (fl. 26).

Postos os fatos dessa forma, pode-se dizer que a decisão administrativa apenas poderia ser desfeita se teratológica; absurdo, aqui, é somente o álibi apresentado.

Assim, julgo improcedente o pedido.

No que respeita aos honorários advocatícios, não há falar em seu incabimento. Conquanto o autor litigue sob os auspícios da justiça gratuita, cumpre ao Juiz arbitrá-la. Quanto ao seu valor, R\$ 10.000,00 (dez mil reais), tem-se que ele é passível de redução para R\$ 3.000,00 (três mil reais). O Município limitou-se a contestar o pleito inaugural. Muito

embora o seu subscritor tenha efetuado detida análise do caso, o *quantum* de R\$ 10.000,00 ( dez mil reais) apresenta-se exacerbado.

Nesses termos, dá-se parcial provimento ao recurso apenas para os fins expostos.

### DECISÃO

Ante o exposto, a Câmara decidiu, por votação unânime, afastar as preliminares e prover parcialmente o recurso para fixar os honorários advocatícios em R\$ 3.000,00 (três mil reais). Foi juntado aos autos o Ofício n. 1.411/SADM/07, de 31-10-07, assinado pelo Sr. Constâncio Alberto Salles Maciel, Secretário Municipal da Administração da Capital, tendo sido manifestado na tribuna pelo Dr. Nilton Macedo Machado a sua ciência.

Participaram do julgamento, realizado no dia 1º de novembro de 2007, os Exmos. Srs. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz e Desa. Subst. Sônia Maria Schmitz.

Florianópolis, 11 de dezembro de 2007.

Vanderlei Romer  
PRESIDENTE E Relator

## Apelação Cível n. 2006.024996-1, de São Miguel do Oeste

Relator: Des. Sérgio Roberto Baasch Luz

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – EXTINÇÃO DO PROCESSO OU SUSPENSÃO DO FEITO EM RAZÃO DO JULGAMENTO DA RECLAMAÇÃO N. 2.138 PERANTE O STF – REJEIÇÃO.

SÃO MIGUEL DO OESTE – EX-PREFEITO MUNICIPAL – INICIATIVA DE LEIS MUNICIPAIS QUE CRIARAM, DE FORMA DESPROPORCIONAL, UM GRANDE NÚMERO DE CARGOS DE LIVRE NOMEAÇÃO E EXONERAÇÃO QUE DISPENSAM CONFIANÇA – APÓS APROVAÇÃO DA LEI PELA CÂMARA DE VEREADORES, PROVIMENTO DOS CARGOS – AUSÊNCIA DE PREJUÍZO AO ERÁRIO E FAVORECIMENTO PESSOAL – MÁ-FÉ OU DOLO INEXISTENTES – IMPROBIDADE NÃO CONFIGURADA – PEDIDO IMPROCEDENTE – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS INCABÍVEIS – ISENÇÃO DE CUSTAS PROCESSUAIS.

“No caso da lei de improbidade, a presença do elemento subjetivo é tanto mais relevante pelo fato de ser objetivo primordial do legislador constituinte o de assegurar a probidade, a moralidade, a honestidade dentro da Administração Pública. Sem um mínimo de má-fé, não se pode cogitar da aplicação de penalidades tão severas como a suspensão dos direitos políticos e a perda da função pública” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 689).

Mesmo desaprovando a edição de leis municipais que acabaram por criar, de forma desproporcional, um grande número de cargos de livre nomeação e exoneração, que não exigiam confiança para seu desempenho, não ficaram demonstrados o dolo ou a má-fé do então Prefeito Municipal pela iniciativa de tais projetos de

leis e pelo respectivo provimento dos cargos, uma vez que agiu conforme a legislação municipal, devidamente aprovada pela Câmara de Vereadores e, além disso, ausentes o prejuízo ao erário ou o indicativo de favorecimento pessoal.

RECURSO DO RÉU PROVIDO – RECURSO DO AUTOR PREJUDICADO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2006.024996-1, da comarca de São Miguel do Oeste (1ª Vara), em que são apelantes e apelados o representante do Ministério Público e Luiz Basso:

ACORDAM, em Primeira Câmara de Direito Público, por maioria de votos, prover o recurso de Luiz Basso para julgar improcedente o pedido, ficando prejudicado o recurso do Ministério Público Estadual. Vencido o Exmo. Sr. Des. Volnei Carlin. Custas na forma da lei.

## RELATÓRIO

Trata-se de recursos de apelação cível interpostos pelo Ministério Público Estadual e por Luiz Basso contra a sentença que, na ação de improbidade administrativa que o órgão ministerial moveu contra este último, condenou o requerido nas sanções de suspensão de direitos políticos pelo prazo de 3 (três) anos; pagamento de multa civil no valor de 3 (três) vencimentos à época em que deixou o mandato de prefeito; e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 3 (três) anos (fls. 659-670).

A r. sentença reconheceu que o requerido Luiz Basso, quando Prefeito do município de São Miguel do Oeste, no período de 1993 a 1996, cometeu ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da Administração Pública (Lei n. 8.429/92, art. 11) ao prover vários cargos

comissionados, que, por não terem essa característica, deveriam ter sido providos por concurso público.

O Ministério Público Estadual, em seu recurso, pugna pela decretação da perda da função pública do requerido, uma vez que ocupa o cargo de Diretor-Geral da Secretaria de Estado de Desenvolvimento Regional de São Miguel do Oeste; pela majoração da multa civil para 20 (vinte) vezes o valor de sua última remuneração no cargo de Prefeito; e pela condenação em honorários advocatícios que devem ser revertidos ao Fundo de Reconstituição de Bens Lesados de Santa Catarina.

Para tanto, argumenta que o requerido, no cargo de Prefeito Municipal, enviou projeto de lei, que se transformou na Lei Municipal n. 3.216/93 que, ao alterar a Lei Municipal n. 2.653/89, criou 249 (duzentos e quarenta e nove) cargos de provimento em comissão, uma vez que até então a Municipalidade contava somente 46 (quarenta e seis) cargos dessa natureza. Entretanto, tais cargos não guardavam característica de comissionados, e, portanto, dispensou indevidamente a realização de concurso público, tanto que foram preenchidos por médicos, dentistas, auxiliares de creche, merendeiras, auxiliares de serviços gerais e mecânicos (fls. 675-691).

O requerido Luiz Basso, também inconformado com a r. sentença, pugna, preliminarmente, pela inaplicabilidade da Lei n. 8.429/92 ao agente político, a partir da Reclamação n. 2.138/STF.

Na questão de fundo, argumenta que as contratações dos servidores foram fundamentadas nas Leis Municipais n. 7.126, 3.261 e 3.324, razão pela qual não agiu com dolo, culpa ou má-fé, faltando então o elemento subjetivo da violação dos princípios da administração pública. Por essa razão, caso não acolhida a preliminar levantada, pleiteia o provimento do recurso para julgar o pedido improcedente (fls. 693-703).

Contra-razões apresentadas às fls. 705-714, 718-720 e 724-732, os autos ascenderam a este Tribunal de Justiça, e a douta Procuradoria-Geral

de Justiça manifestou-se pelo provimento do recurso do Ministério Público e desprovimento do interposto pelo requerido Luiz Basso (fls. 738-753).

## VOTO

### 1 Recurso de Luiz Basso

1.1 De início, deve ser afastada a tese de inaplicabilidade da Lei n. 8.429/92 aos agentes políticos.

Em recente decisão proferida por este mesmo Órgão Julgador, em 2-4-2007, nos autos do Agravo de Instrumento n. 2006.037000-8, de Lages, em que foi relator o Exmo. Sr. Des. Volnei Carlin, a ementa foi assim traduzida:

ACÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – PREFEITO MUNICIPAL – EXTINÇÃO DO FEITO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO – CARÊNCIA DA *ACTIO* – INAPLICABILIDADE DA LEI N. 8.429/92 AOS AGENTES POLÍTICOS – IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO NÃO CARACTERIZADA.

Dispõe o § 4º, do art. 37, da Carta Magna que a prática de atos de improbidade administrativa importará a cominação das sanções nele contidas sem prejuízo, no entanto, da ação penal cabível.

Nesta esteira, em atenção à independência entre as instâncias, nuance tradicional do ordenamento jurídico pátrio, conclui-se que a atuação dos Prefeitos Municipais está submetida ao crivo de dois diplomas distintos: o Decreto-Lei n. 201/67, atinente aos crimes de responsabilidade e às infrações político-administrativas, cujo teor lhes comina reprimendas de natureza penal e política; e a Lei n. 8.429/92, pertinente aos atos de improbidade administrativa, com sanções civis.

A harmonia entre as normas em apreço é clara, eis que o sistema nacional, longe de impedir, impulsiona a cumulação das penalidades por ambas previstas, desde que, evidentemente, não haja *bis in idem*.



Em sua percuciente fundamentação, a qual desta faz parte, assim afirmou:

Depreende-se da decisão hostilizada, que o Togado valeu-se, em larga medida, dos argumentos expendidos pelo Min. Nelson Jobim quando do deferimento de medida liminar nos autos da Reclamação n. 2.138-6, ajuizada por ex-Ministro de Estado que, condenado em primeira instância por ato de improbidade administrativa — a utilização de aeronave pública para transporte particular do agente que, no gozo de férias, viajava com a família para Fernando de Noronha —, visava obstar a tramitação do recurso de apelação, por ele mesmo interposto, junto ao Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

No entanto, não obstante a tese aventada pelo Pretório Excelso, uma sucessão de evidências conduz o entendimento desta Corte ao sentido contrário.

É certo que a promulgação da Constituição da República de 1988 representou um grande avanço no combate à corrupção. A também chamada Carta Cidadã trouxe em seu bojo um projeto ambicioso: promover, a um só tempo, avanços no delineamento dos contornos da Administração e, ainda, no controle da atividade estatal.

Para tanto, elevou à categoria constitucional um conjunto de preceitos básicos referentes à gestão da coisa pública. Destacou, em seu art. 37, que a atuação administrativa há de ser norteadas pelos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Além disso, previu a Carta Magna, mecanismos de controle e instrumentos de responsabilização dos agentes públicos, tendentes à garantia da transparência e da probidade.

Sobre o tema, Alexandre de Moraes pontifica:

“À medida que as normas básicas do Direito Administrativo foram constitucionalizadas, alargou-se a possibilidade de interpretação judicial desses institutos, ampliando-se a ingerência do Poder Judiciário em assuntos tradicionalmente da alçada do administrador. [...] A codificação constitucional das normas administrativas possibilitou a consagração de uma Teoria Geral do Direito Administrativo, voltada para a observância dos princípios constitucionais básicos e tendo por finalidade limitar o poder estatal, prevendo instrumentos de controle e meios de responsabilização dos agentes públicos

[...]” (*Direito constitucional administrativo*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 19-20).

Nessa ordem de idéias, outro não é o espírito do § 4º, do art. 37, do Diploma Maior. Ao dispor que os atos de improbidade “[...] importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”, o Constituinte foi claro ao expressar seu intento repressivo. Buscava-se a punição do ímprobo nas esferas penal, civil, administrativa e, quando possível, política.

Ora, se a própria Lei Fundamental distinguiu e separou a ação condenatória do responsável por ato de improbidade da demanda penal cabível, o fez, obviamente, porque aquela não tem natureza criminal.

Nesse norte, é a lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

“A primeira observação a fazer é no sentido de que um ato de improbidade administrativa pode corresponder a um ilícito penal, se puder ser enquadrado em crime definido no Código Penal ou em sua legislação complementar. É o que decorre da própria redação do dispositivo constitucional, quando, depois de indicar as medidas sancionatórias cabíveis, acrescenta que a lei estabelecerá sua forma e gradação ‘sem prejuízo da ação penal cabível’. Por outras palavras, pode ocorrer que alguns ilícitos definidos em lei, por exemplo, a um dos crimes contra a Administração Pública previstos no capítulo pertinente do Código Penal ou a um dos crimes de responsabilidade definidos na legislação específica sobre a matéria, já referida no item anterior.

Isso permite concluir que: a) o ato de improbidade, em si, não constitui crime, mas pode corresponder também a um crime definido em lei; b) as sanções indicadas no artigo 37, § 4º, da Constituição não têm a natureza de sanções penais, porque, se tivessem, não se justificaria a ressalva contida na parte final do dispositivo, quando admite a aplicação das medidas sancionatórias nele indicadas ‘sem prejuízo da ação penal cabível’; c) se o ato de improbidade corresponder também a um crime, a apuração da improbidade pela ação cabível será concomitante com o processo criminal” (*Direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 677).

Assim, considerando a independência entre as instâncias, nuance tradicional do ordenamento jurídico pátrio, é forçoso reconhecer que a Lei n. 8.429/92 almeja concretizar a responsabilidade do agente público no âmbito civil.

Com efeito, diante dessas circunstâncias, conclui-se que a atuação dos Prefeitos está submetida ao crivo de dois diplomas distintos: o Decreto-Lei n. 201/67, atinente aos crimes de responsabilidade e às infrações político-administrativas, cujo teor lhes comina reprimendas de natureza penal e política; e a Lei n. 8.429/92, pertinente aos atos de improbidade administrativa, com sanções civis.

A coexistência das normas em apreço é, pois, clara, uma vez que o sistema nacional, longe de impedir, impulsiona a cumulação das penalidades por ambas previstas, desde que, evidentemente, não haja duplicidade de aplicação, por um mesmo fato, de reprimendas iguais.

Paulo Brossard elucida a questão:

“Embora possa haver duplicidade de sanções em relação a uma só falta, desde que constitua simultaneamente infração política e infração criminal, ofensa à lei de responsabilidade e ofensa à lei penal, autônomas são as infrações e de diversa natureza as sanções aplicáveis num ou noutro caso. Aliás, a circunstância de ser dúplice a pena está a indicar que as sanções têm diferente natureza, correspondente a ilícitos diferentes [...] Mesmo quando haja concorrência de sanções, elas são distintas, como diversos os processos que visam à sua aplicação. E não é por outro motivo que, sem incorrer na pecha de *bis in idem*, podem conviver e efetivamente convivem ambas as penas, que são ajustadas a ilícitos autônomos e diferentes” (*O impeachment*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 71-74).

Trata-se, portanto, de pretensões punitivas distintas, eis que autônomas e específicas. Uma delas outorga ao agente político processado, em decorrência de permissivo constitucional expresso nesse sentido, o foro por

prerrogativa de função. A outra, por sua vez, como corolário do princípio da igualdade jurisdicional, permite o manejo de ação civil pública perante a Autoridade Judicial Monocrática.

Destarte, por consistir em exceção à máxima do tratamento isonômico, o Constituinte fez questão de estabelecer, ele próprio, a ressalva do foro por prerrogativa de função, em seu art. 29, X. Logo, não há como interpretar ampliativamente a norma fundamental ou dispor em lei infraconstitucional parâmetros tendentes a alargar o mencionado privilégio. Vislumbrar o contrário seria tornar regra aquilo que a própria Carta Magna excepcionou.

Nesse sentido é o posicionamento desta Câmara:

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ARGÜIÇÃO DE INAPLICABILIDADE DA LEI N. 8.429/92 AOS AGENTES POLÍTICOS. ALEGAÇÃO FUNDADA NA RECLAMAÇÃO N. 2.138-6/DF, EM CURSO NO PRETÓRIO EXCELSO. DESCABIMENTO. PRECEDENTES.

‘1. A reclamação não integra o rol das ações constitucionais destinadas a realizar o controle concentrado e abstrato de constitucionalidade das leis e atos normativos. É medida processual que somente opera efeitos *inter partes*, não ostentando efeito geral vinculante.

‘2. Se o futuro provimento jurisdicional a ser proferido pelo Supremo na Reclamação n. 2.138-6/DF não vincula o juízo da ação de improbidade, não há razão para suspender o processo por esse fundamento.

‘3. Não existe relação de continência ou conexão entre as ações de improbidade em curso e a Reclamação n. 2.138-6/DF, pois não há identidade de causa de pedir e nem de partes.

‘4. Não se justifica a paralisação da ação civil por ato de improbidade, na medida em que gozam as leis da presunção de legalidade, até que seja decidido pelo Supremo a inconstitucionalidade’ (REsp. n. 704.996/RS, rela. MIna. Eliana Calmon, DJ de 3-10-2005)” (AI n. 2006.017698-1, de Rio do Sul, rel. Des. Vanderlei Romer, j. em 28-9-2006).

E, ainda:

“APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – PEDIDO DE EXTINÇÃO DA AÇÃO SEM JULGAMENTO DE MÉRITO OU SÍMPLES SUSPENSÃO DO FEITO – DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM RECLAMAÇÃO – INDEFERIMENTO DO PLEITO.

“A Reclamação n. 2.138-6 que tramita perante o Supremo Tribunal Federal, questionando a possibilidade de sujeição de agentes políticos à Lei n. 8.429/92, dada a pendência de julgamento definitivo, não serve de fundamento ao pedido de extinção ou suspensão da ação civil pública, na qual, nem sequer os dispositivos da Lei de Improbidade Administrativa foram aplicados, além do que o trânsito em julgado de decisão favorável do Excelso Pretório à tese de não sujeição dos agentes políticos ao regime desta lei não teria efeito *erga omnes*” (Ap. Cív. n. 2001.017452-9, da Capital, rel. Des. Nicanor da Silveira, j. em 26-1-2006).

Assim, afasta-se a argumentação em decorrência do acima exposto de que possível, sim, a punição do agente político, mesmo que conjunta, pelos dispostos na Lei de Improbidade Administrativa e no Decreto-Lei n. 201/67.

Apenas para reafirmar a argumentação acima colacionada, segue precedente do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. A Reclamação n. 2.138 não torna inaplicável a ação proposta. O Decreto n. 201/67 não afasta a aplicabilidade da Lei n. 8.429/92. No Decreto, a perda do cargo do agente público tem caráter político. A Lei de Improbidade exige a observância de critérios técnicos. O Ministério Público tem legitimidade para propor a medida em questão, nos termos do art. 17, da Lei n. 8.429/92. Restou comprovado nos autos a improbidade dos atos narrados na preambular, aplicando-se à espécie o disposto na Lei n. 8.429/92. Apelo desprovido (Ap. Cív. n. 70015330814, rel. Des. Rogerio Gesta Leal, j. em 29-6-06).

Nem mesmo se cogita de suspensão do processo até que seja julgada a Reclamação n. 2.138/DF pelo Supremo Tribunal Federal.

Com efeito, a suspensão processual encontra-se disciplinada no art. 265 do Código de Processo Civil, o qual prescreve:

Art. 265. Suspende-se o processo:

I – pela morte, ou perda da capacidade processual de qualquer das partes, de seu representante legal ou de seu procurador;

II – pela convenção das partes;

III – quando for oposta exceção de incompetência do juízo, da câmara ou do tribunal, bem como de suspeição ou impedimento do juiz;

IV – quando a sentença de mérito:

a) depender do julgamento de outra causa, ou da declaração da existência ou inexistência da relação jurídica, que constitua o objeto principal de outro processo pendente;

b) não puder ser proferida senão depois de verificado determinado fato, ou de produzida certa prova, requisitada a outro juízo;

c) tiver por pressuposto o julgamento de questão de estado, requerido como declaração incidente;

V – por motivo de força maior;

VI – nos demais casos, que este Código regula.

A suspensão do processo seria fulcrada no art. 265, IV, *a*, primeira parte, do Código de Processo Civil acima transcrito, uma vez que a Reclamação n. 2.138-6 movida perante o egrégio Supremo Tribunal Federal constituiria causa prejudicial externa. No entanto, cumpre verificar a presença da prejudicialidade alegada.

A prejudicialidade estaria no fato de que a discutida ação civil pública por improbidade administrativa visa a aplicação das disposições da Lei n. 8.429/92 a agente político, legislação essa que está tendo sua incidência

aos agentes políticos afastada nos autos da Reclamação n. 2.138-6, em andamento no Supremo Tribunal Federal, de acordo com os votos dos Ministros que já se manifestaram.

Ocorre que a reclamação, muito embora seja ação constitucional, não integra o rol das ações destinadas a realizar controle concentrado e abstrato e constitucionalidade de leis ou atos normativos, de modo que não gera, então, efeito geral vinculante. Ao contrário, os efeitos do julgamento em sede de reclamação atingirão apenas as partes envolvidas, nos termos do art. 468 do Código de Processo Civil. Por conseguinte, o entendimento esposado naquela reclamação constituirá apenas precedente jurisprudencial. Assim, a decisão proferida naquela reclamação não vinculará o juízo *a quo* em sede de ação de improbidade administrativa, falecendo a alegada prejudicialidade.

Nesse sentido, os vários julgados exarados no egrégio Superior Tribunal de Justiça, dentre os quais se destaca:

Na linha de precedentes do STJ, não há falar em suspensão da ação de improbidade contra ex-prefeito em razão do trâmite da Reclamação n. 2.138-6 no Supremo Tribunal Federal, na qual se discutia se os agentes políticos submeteriam-se ao regime de competência da lei de improbidade administrativa, pois inexistente propriamente, nos termos do inciso IV, *a*, do art. 265 do CPC, “dependência” do julgamento da reclamação para com a ação de improbidade movida” (REsp. n. 685.142/RS, rel. Min. Humberto Martins, julgado em 5-12-2006).

Com igual norte, outros julgados do colendo Superior Tribunal de Justiça: AgRg em REsp. n. 764.836/SP, rela. Mina. Denise Arruda; REsp. n. 694.582, rel. Min. Teori Albino Zavascki.

Esta Corte de Justiça estadual já esposou idêntico entendimento:

A Reclamação n. 2.138-6 que tramita no Supremo Tribunal Federal, questionando a possibilidade de sujeição de agentes políticos à Lei n. 8.429/92, dada a pendência de julgamento definitivo, não serve

de fundamento ao pedido de extinção ou suspensão da ação civil pública, na qual, nem sequer os dispositivos da Lei de Improbidade Administrativa foram aplicados, além do que o trânsito em julgado de decisão favorável do Excelso Pretório à tese de não sujeição dos agentes políticos ao regime desta lei não teria efeito *erga omnes* (Ap. Cív. n. 2001.017452-9, da Capital, rel. Des. Nicanor da Silveira, julgada em 26-1-2006).

No mesmo sentido recente julgamento desta Câmara, em acórdão da lavra do Exmo. Sr. Des. Vanderlei Romer, em Apelação Cível n. 2006.023435-5, de Ponte Serrada.

Nesses termos, afasta-se a pretensão de não se aplicar a Lei n. 8.429/92 aos agentes políticos.

1.2 No mérito recursal, colhe-se que o requerido Luiz Basso, na condição de Prefeito de São Miguel do Oeste, no período de 1993 a 1996, propôs e, após aprovadas pela Câmara de Vereadores, sancionou as Leis Municipais n. 3.216/93, 3.251/93 e 3.324/93, que criaram na estrutura do Poder Executivo Municipal cerca de 249 (duzentos e quarenta e nove) cargos comissionados, provendo-os.

Entretanto, na visão do Ministério Público estadual, tais cargos e respectivos serviços seriam de natureza comum, técnica, longe de qualquer caráter de direção, comando e chefia, próprios, portanto, de cargos efetivos e, por isso, deveriam ser providos por concurso público.

Nesse teor, entendeu que “muitas pessoas foram irregularmente favorecidas em prejuízo do interesse maior da sociedade” (fl. 15).

Conforme a Constituição Federal de 1988 (art. 37, *caput*, e § 4º):

Art. 37. A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:



[...]

§ 4º. Os atos de improbidade administrativa importarão em suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

Tem-se, então, a Lei de Improbidade Administrativa – Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992, que visa apurar e punir a prática de ilícitos contra a Administração Pública, além de buscar o ressarcimento ao erário público.

O art. 9º descreve os atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito; o art. 10 refere-se aos atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário; por fim, o art. 11 trata dos atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da administração pública.

Entretanto, mesmo desaprovando a edição de leis municipais que acabaram por criar, de forma desproporcional, um grande número de cargos de livre nomeação e exoneração, que não exigiam confiança para seu desempenho, não foram demonstrados o dolo ou a má-fé do então Prefeito Municipal pela iniciativa de tais projetos de leis e pelo respectivo provimento dos cargos, já que agiu conforme permitido pela legislação municipal, devidamente aprovada pela Câmara de Vereadores, e, além disso, ausentes o prejuízo ao erário ou o indicativo de favorecimento pessoal.

Com efeito, para a configuração de ato de improbidade administrativa, na lição de Maria Sylvania Zanella di Pietro, faz-se necessária a presença de má-fé ou dolo por parte do agente:

O enquadramento na lei de improbidade exige culpa ou dolo por parte do sujeito ativo. Mesmo quando algum ato ilegal seja praticado, é preciso verificar se houve culpa ou dolo, se houve um mínimo de má-fé que revele realmente a presença de um comportamento desonesto. A quantidade de leis, decretos, medidas provisórias, regulamentos, portarias torna praticamente impossível a aplicação do velho princípio de que todos conhecem a lei. Além disso, algumas normas admitem diferentes interpretações e são aplicadas por servidores públicos estranhos à área jurídica. Por isso mesmo, a aplicação da lei de improbidade exige bom senso, pesquisa da intenção do agente, sob pena de sobrecarregar-se inutilmente o

Judiciário com questões irrelevantes, que podem ser adequadamente resolvidas na própria esfera administrativa. A própria severidade das sanções previstas na Constituição está a demonstrar que o objetivo foi o de punir infrações que tenham um mínimo de gravidade, por apresentarem conseqüências danosas para o patrimônio público (em sentido amplo), ou propiciarem benefícios indevidos para o agente ou para terceiros. A aplicação das medidas previstas na lei exige observância do princípio da razoabilidade, sob o seu aspecto de proporcionalidade entre meios e fins.

[...]

No caso da lei de improbidade, a presença do elemento subjetivo é tanto mais relevante pelo fato de ser objetivo primordial do legislador constituinte o de assegurar a probidade, a moralidade, a honestidade dentro da Administração Pública. Sem um mínimo de má-fé, não se pode cogitar da aplicação de penalidades tão severas como a suspensão dos direitos políticos e a perda da função pública (*Direito administrativo*. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 688-689).

Não é outra a posição da jurisprudência:

A imposição das sanções de perda da função pública, suspensão dos direitos políticos e proibição de contratar com o Poder Público por cinco anos, na hipótese em exame seria medida desarrazoada, uma vez que, como ressaltou a Corte de origem, além de não ter ocorrido efetivo prejuízo ao Município nem enriquecimento ilícito, tampouco houve comprovação de má-fé, dolo ou culpa (REsp. n. 242.632/MG, rel. Min. Franciulli Neto, DJU de 30-6-2003).

Colhe-se dos autos que a Lei Municipal n. 2.653, de 17 de novembro de 1989, que dispôs “sobre a classificação de cargos e empregos da Administração Direta do Município de São Miguel do Oeste”, previa no seu artigo 2º, em relação a cargos de provimento em comissão, o grupo “direção e assessoramento superior – DAS” e “direção e assistência intermediária — DAI” (fl. 206).

Após a posse como Prefeito Municipal, o requerido sancionou a Lei Municipal n. 3.216, de 29 de janeiro de 1993, que alterou a Lei n. 2.653/89 e foi criado o grupo “funções executivas de confiança – FEC –

SME” (art. 2º), que são “os cargos de funções executivas cujo provimento em comissão, é regido pelo critério de confiança, a que sejam inerentes às atividades de execução” (art. 5º) (fl. 40).

O art. 7º da Lei n. 3.126/93 deixou expresso que

os cargos de provimento em comissão do Grupo: Direção e Assessoramento Superior – DAS; Direção e Assistência Intermediária – DAI; e Funções Executivas de Confiança – FEC – SME, do quadro de pessoal da Administração Direta do Município, regidos pelo critério de confiança, são de livre nomeação e exoneração do Chefe do Poder Executivo.

As Leis Municipais n. 3.251/93 e 3.324/93 criaram mais cargos de provimento em comissão nos grupos então existentes (fls. 50-52 e 53-55).

O ponto nevrálgico refere-se a cargos criados e providos como de provimento em comissão que não guardariam características de comissionados.

Os cargos referidos são:

“assistente especial na área da saúde I”, “assistente especial na área da saúde II”, “assistente especial na área da saúde III”, “assistente especial na área da saúde VI”, “assistente de educação infantil”, “assistente em alimentação e limpeza”, “assistente técnico em manutenção”, “assistente de serviços especiais”.

Como se pode observar da própria nomenclatura como também da quantidade dos cargos criados, como, por exemplo, 129 (cento e vinte e nove) de “assistente de alimentação e limpeza”, 15 (quinze) de “*assistente especial na área da saúde III*”, evidente que sua natureza não se refere a cargos como de provimento em comissão.

O art. 37 da Constituição Federal de 1988, na redação original, antes do advento da EC n. 20/98, vigente à época da edição das leis municipais e dos provimentos dos cargos, determinava:

Art. 37. A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e

dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e, também, ao seguinte:

I — os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei;

II — a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;

[...]

V — os cargos em comissão e as funções de confiança serão exercidos, preferencialmente, por servidores ocupantes de cargo de carreira técnica ou profissional, nos casos e condições previstos em lei.

Portanto, a atual redação do art. 37, V, da CF/88, dada pela EC n. 20/98, *verbis*, “V — as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento”, não tinha aplicação à época.

De qualquer sorte, mesmo que à época não constassem no texto constitucional as atribuições de “*direção, chefia e assessoramento*”, o cargo em comissão pressupõe o elemento de confiança, de forma que não pode a lei do ente público criar cargos em comissão nos quais suas atribuições não necessitem desse liame psicológico com aquele que vai provê-lo.

Lúcia Valle Figueiredo (*Curso de direito administrativo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 576) ensina que:

Cargos em comissão são de livre provimento e livre exoneração; prescindem, pois, de concurso público.

É necessário enfatizar, todavia, que é possível à lei erigir cargos em comissão que não tenham compatibilidade com a função desempenhada. É dizer: o texto constitucional, ao falar em cargo em comissão

“declarado em lei de livre provimento e livre exoneração”, está a pressupor a existência de necessidade administrativa de tal cargo.

Realmente, o cargo pode ser em comissão quando sua vocação fora para tal efeito, ou seja: o elemento que se vai investir no cargo deve gozar da mais absoluta confiança daquele com quem vai trabalhar.

Anota, ainda, lição de Márcio Cammarosano (*Provimento de cargos públicos no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. p. 95):

Se assim é, cabe formular a seguinte indagação: pode a lei, ao criar cargos públicos, declará-los de livre nomeação e exoneração como melhor aprover o legislador? Em outras palavras: há ou não limites à criação de cargos de livre nomeação e exoneração? [...] Conclui, adiante: [...]. Não é, portanto, qualquer plexo unitário de competências que reclama seja confiado o seu exercício a esta ou àquela pessoa, a dedo escolhida, merecedora da absoluta confiança da autoridade superior, mas apenas aqueles que, dada a natureza das atribuições a serem exercidas pelos titulares, justificam exigir-se deles não apenas o dever elementar de lealdade às instituições constitucionais e administrativas a que servirem, comum a todos os funcionários, como também um comprometimento político, uma fidelidade às diretrizes estabelecidas pelos agentes políticos, uma lealdade pessoal à autoridade superior (ob. cit., p. 576-577).

É cediço que “A exigência constitucional do concurso público não pode ser contornada pela criação arbitrária de cargos em comissão para o exercício de funções que não pressuponham o vínculo de confiança que explica o regime de livre nomeação e exoneração que os caracteriza” (ADIn n.1.141-3/GO, Min. Sepúlveda Pertence). No mesmo sentido: REsp. n. 1.282, Min. Octávio Gallotti, RTJ 116/897 e REsp. n. 1.386, Min. Moreira Alves, RTJ 122/928). Ainda: ADIn n. 1.269-0/GO, Min. Carlos Velloso.

Por esse caminho, mostra-se relevante a argumentação quanto à inconstitucionalidade das leis municipais que criaram cargos de provimento

em comissão para atividades nas quais não se exige nenhuma espécie de confiança, como, no exemplo já citado, a criação de 129 (cento e vinte e nove) cargos de “assistente de alimentação e limpeza”.

Nesse caminho, a jurisprudência pátria considera inconstitucional a criação de cargos de provimento em comissão:

LEI MUNICIPAL N. 005/2005, DE TUBARÃO, QUE CRIOU 26 (VINTE E SEIS) CARGOS DE PROVIMENTO EM COMISSÃO, QUE NÃO ADIMPLEM OS REQUISITOS CONSTITUCIONAIS – AFRONTA À REGRA DO CONCURSO PÚBLICO E AO PRINCÍPIO DA MORALIDADE – PROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

“A exigência constitucional do concurso público não pode ser contornada pela criação arbitrária de cargos em comissão para o exercício de funções que não pressuponham o vínculo de confiança que explica o regime de livre nomeação e exoneração que os caracteriza; precedentes” (STF, ADIn n. 1.141MC/GO, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 10-10-1994, DJU de 4-11-1994) (ADIn n. 2006.004045-9, de Tubarão, rel. Des. Irineu João da Silva, j. em 21-2-2007).

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. [...]. LEI COMPLEMENTAR MUNICIPAL REESTRUTURANDO O PODER EXECUTIVO. INSTITUIÇÃO DE CARGOS DE PROVIMENTO EM COMISSÃO. PRESSUPOSTOS CONSTITUCIONAIS, EM MAIOR PARTE, PRESENTES. INCOMPATIBILIDADE, EXCLUSIVAMENTE, QUANTO AOS 50 CARGOS DE COORDENADOR DE SERVIÇOS, COM REMUNERAÇÃO SUBALTERNA E CUJA TITULARIZAÇÃO NÃO PRESSUPÕE O EXERCÍCIO DE FUNÇÃO DE CONFIANÇA, À MÍNGUA DE CONFIGURAÇÃO DA NATUREZA DE DIREÇÃO, CHEFIA OU ASSESSORAMENTO. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO PRÉVIO CONCURSO. MORALIDADE, EFICIÊNCIA E RAZOABILIDADE, INSERIDOS NOS ARTS. 16 E 21, I, DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. PEDIDO PARCIALMENTE PROCEDENTE.

[...]

3. Inconstitucionalidade configurada, exclusivamente, quanto aos 50 (cinquenta) cargos de Coordenador de Serviços. A criação de cargos de provimento em comissão supõe se configure, na análise da Lei ou das circunstâncias do caso, a “natureza de chefia ou direção – de algum setor, unidade, área, departamento, divisão, grupamento, turma, seção, equipe, contingente, colegiado, por exemplos –, ou ainda alguma forma ou espécie de assessoramento profissional e nitidamente caracterizado” (Ivan Barbosa Rigolin. *O Servidor Público nas Reformas Constitucionais*. Belo Horizonte: Forum, 2003, p. 31). Hipóteses não configuradas, havendo, de resto, remuneração subalterna incompatível com o regime dos cargos de provimento em comissão, “melhor remunerados” e “destinados a provimento por pessoas capacitadas” (Regis Fernandes de Oliveira e Estevão Horvath. *Manual de Direito Financeiro*. 6a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 91), a bem da Administração, excepcionando a regra do concurso. Violação aos princípios do prévio concurso, moralidade, eficiência e razoabilidade insertos nos arts. 16, *caput*, e 21, inc. I, da CE (ADIn n. 2005.015788-5, de Blumenau, rela. Des. Maria do Rocio Luz Santa Ritta, j. em 11-4-2007).

Este Sodalício, em ação na qual o servidor ingressa para pleitear direitos decorrentes do contrato do cargo de Assistente em Alimentação e Limpeza do município de São Miguel do Oeste, apesar de reconhecer o direito às verbas, considerou nula a contratação:

Servidor público municipal. Cargo de provimento em comissão. Contratação irregular. Efeitos.

O cargo de provimento em comissão consubstancia-se em exceção à regra do concurso público, destinando-se exclusivamente às funções de direção, chefia e assessoramento. Fora dessas hipóteses, a contratação é nula, em que pese o particular faça jus à remuneração pelos serviços prestados à Administração Pública, pena de locupletamento sem causa (Ap. Cív. n. 2000.017278-2, de São Miguel do Oeste, rela. Des. Subst. Sônia Maria Schmitz, j. em 17-2-2004).

Entretanto, os fundamentos da ação não mencionam nenhuma mácula formal nas leis municipais e, apesar de elas serem de iniciativa do Chefe do Poder Executivo Municipal, foram aprovadas pelo Poder Legis-

lativo, emanadas, portanto, dos representantes do povo do município de São Miguel do Oeste.

Com efeito, por esse motivo, não há falar em má-fé do Chefe do Poder Executivo, uma vez que as normas autorizativas, como leis que são, passaram por todo o processo legislativo de discussão e votação, resultando aprovadas e em vigor.

A lei, como principal fonte formal de direito, nas palavras de Caio Mário da Silva Pereira, é a via pela qual

o Estado politicamente organizado dita as regras de comportamento, a que os súditos devem obediência. [...]. O problema ligado à conveniência de uma norma legal é de política legislativa, e interessa ao Próprio Estado, na função elaboradora da regra jurídica. A questão da legitimidade do poder de ditá-la é anterior à elaboração da lei, e se articula com a da constituição mesma dos órgãos estatais” (*Instituições de direito civil* – introdução ao direito civil. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 63).

Continua o autor, citando Bevilacqua, “não se dirige o legislador à inteligência, mas à vontade, e assim exprime algo mais do que o desejo ou o preceito: manifesta o comando do Estado ao indivíduo, sujeitando-o à regra” (ob. cit., p. 64).

César Fiúza (*Direito civil* – curso completo. 8. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 75) é expresso ao afirmar que a lei é a materialização da norma como vontade do Estado, por intermédio do legislador.

Posteriormente à Lei Municipal n. 3.324/93, as Leis Municipais n. 3.540/94, 3.569/94, 4.064/97 mantiveram quase a mesma estrutura e quantidade de cargos comissionados. A última não foi editada na administração do requerido.

O quadro de cargos comissionados somente foi reduzido com a edição da Lei Municipal n. 4.719/01, na qual foi fixado o número de 73 (setenta e três). Não mais contou com os cargos de “assistente especial na



área da saúde I”, “assistente especial na área da saúde II”, “assistente especial na área da saúde III”, “assistente especial na área da saúde VI”, “assistente de educação infantil”, “assistente em alimentação e limpeza”, “assistente técnico em manutenção”, “assistente de serviços especiais”.

Por fim, a Lei Municipal n. 4.997/02 reduziu os cargos para 69 (sessenta e nove), e a Lei Complementar Municipal n. 4/04, ao dispor “sobre a reorganização organizacional, classificação de cargos e funções de confiança da Administração Pública”, revogou todas as leis municipais anteriores a respeito do tema e criou um quadro com 92 (noventa e dois) cargos de provimento em comissão.

O eminente Des. Subst. Newton Janke, ao relatar a Apelação Cível n. 2005.017203-8, de Papanduva, julgada nesta Primeira Câmara de Direito Público, reproduziu voto vencido que proferiu na Apelação Cível n. 2000.025356-1, de Descanso:

Assentadas estas premissas fáticas, não é possível entender que a ação do recorrente pautou-se pela improbidade administrativa a justificar a imposição das penas de suspensão dos direitos políticos e a proibição de contratar com o Poder Público.

Ora, o réu não nomeou os servidores por decreto, mas sim suportado em lei. A lei tem a seu favor, até que judicialmente se diga o contrário, a presunção de constitucionalidade.

Surge, então, a indagação: pode o Prefeito ser responsabilizado pela prática de atos baseados em lei aparentemente inconstitucional?

Esta questão remete ao tema da responsabilidade civil do Estado por atos legislativos e judiciais.

A regra geral é a irresponsabilidade, como justifica Hely Lopes Meirelles:

“Em princípio, o Estado não responde por prejuízos decorrentes de sentença (o Poder Judiciário é soberano; os juízes devem agir com independência e sem qualquer preocupação quanto a seus atos ensejarem a responsabilidade do Estado; o magistrado não é servidor público, a indenização quebraria o princípio da imutabilidade

da coisa julgada) ou de lei (o Poder Legislativo é soberano; edita normas gerais e abstratas e os gravames que impõem são iguais para todos, não podendo ser havidos como prejuízos; os administrados não podem responsabilizar o Estado por atos dos parlamentares que elegem, salvo se expressamente imposta tal obrigação por lei ou se oriunda de culpa manifesta no desempenho das funções de julgar e legislar” (Direito Administrativo, Ed. Saraiva, 8. ed., 2003, p. 845-6).

No entanto, o respeitado doutrinador, linhas adiante ressalva que “o que já se viu foi a declaração de responsabilidade patrimonial do Estado por ato baseado em lei declarada, posteriormente, como inconstitucional (RDA, 20:42, 189:305 e 191:175. Assim, a edição de lei inconstitucional pode obrigar o Estado a reparar os prejuízos dela decorrentes”.

Diógenes Gasparini, ao se ocupar do mesmo tema, lança lúcidas e esclarecedoras ponderações:

“Para os atos administrativos, já vimos que a regra constitucional é a responsabilidade objetiva da Administração. Mas, quanto aos atos legislativos e judiciais, a Fazenda Pública só responde mediante a comprovação de culpa manifesta na sua expedição, de maneira ilegítima e lesiva. Essa distinção resulta do próprio texto constitucional, que só se refere aos agentes administrativos (servidores), sem aludir aos agentes políticos (parlamentares e magistrados), que não são servidores da Administração, mas sim membros de Poderes de Estado.

O ato legislativo típico, que é a lei, dificilmente poderá causar prejuízo indenizável ao particular, porque, como norma abstrata e geral, atua sobre toda a coletividade, em nome da Soberania do Estado, que, internamente, se expressa no domínio eminente sobre todas as pessoas e bens existentes no território nacional. Como a reparação civil do Poder Público visa a restabelecer o equilíbrio rompido com o dano causado individualmente a um ou alguns membros da comunidade, não há falar em indenização da coletividade. Só excepcionalmente poderá uma lei inconstitucional atingir o particular *uti singuli*, causando-lhe um dano injusto e reparável. Se tal ocorrer, necessária se torna a demonstração cabal da culpa do Estado, através da atuação de seus agentes políticos, mas isto se me afigura indemonstrável no regime democrático, em que o próprio

povo escolhe seus representantes para o Legislativo. Onde, portanto, o fundamento para a responsabilização da Fazenda Pública se é a própria coletividade que investe os elaboradores da lei na função legislativa e nenhuma ação disciplinar têm os demais Poderes sobre agentes políticos? Não encontramos, assim, fundamento jurídico para a responsabilização civil da Fazenda Pública por danos eventualmente causados por lei, ainda que declarada inconstitucional. O que o STF já admitiu foi a responsabilização da Administração por ato baseado em decreto posteriormente inconstitucional. Mas decreto, embora com efeitos normativos, não é lei, como erroneamente está dito na ementa deste julgado” (Direito Administrativo Brasileiro, Malheiros Ed., 26ª ed., p. 617-8).

Julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul encampa o mesmo entendimento:

“Administrativo. Servidor Público. Indenização por ato ilícito. Concurso público. Limitação etária. Responsabilidade civil objetiva do Estado só pode ser imputada por atos de seus servidores e não dos agentes políticos. A lei, mesmo declarada inconstitucional, assim como não gera responsabilização do legislador, por ser ela de caráter geral e abstrato, também não transfere responsabilidade à Administração que a cumpre” (Ap. Civ. n. 598422665, rel. Des. Luiz Ari Azambuja Ramos, j. em 22-2-90).

Frente ao posicionamento doutrinário e pretoriano colacionado, é lícito afirmar que a condenação do apelante nada mais é, ainda que por via reflexa, do que proclamar a responsabilidade civil do Estado por ato legislativo.

Válido, então, indagar: os vereadores do Município de Descanso que aprovaram as citadas leis poderiam, ao lado do Prefeito, ser punidos porque, com sua decisiva e indispensável atuação, criaram uma lei inconstitucional?

Se assim se entender, pouquíssimos legisladores, nas três esferas da Federação, escaparão impunes, bastando lembrar, a propósito, o incontável e crescente número de ações diretas de inconstitucionalidade que tramitam nos Tribunais.

Ronaldo Poletti, na obra *Controle da Constitucionalidade das Leis* (Forense, Rio, 1985, p. 102), adverte que “a dúvida acerca da validade de uma lei não é, nunca, motivo suficiente para que ela seja

posta de lado”. De resto, como averbou o Ministro Djaci Falcão, “a inconstitucionalidade não se presume. Há de resultar de manifesta ofensa à Lei Magna” (RTJ 66/631).

Poletti lembra a lição de Carlos Maximiliano, segundo quem “presumem-se compatíveis com a Constituição as normas legais. Entre duas exegeses prefere-se a que não infirma o ato da autoridade”. E, em seguida arremata: “O juiz deve abster-se de se manifestar sobre a inconstitucionalidade, toda vez que, sem isso, possa julgar a causa a restaurar o direito violado. Sempre que possível, adotar-se-á a exegese que torne lei compatível com a Constituição” (ob. cit., p. 103).

Esse entendimento se justifica, principalmente em sede de ação civil pública, que não se presta à declaração, com efeito *erga omnes*, de inconstitucionalidade de lei (REsp. n. 212.540-MG e REsp. n. 106.993-MS). É que, na ação civil pública, esse controle *incidenter tantum* corresponderia, pelos seus efeitos, à verdadeira ação direta de inconstitucionalidade.

Tal como entende Diógenes Gasparini, penso que vereadores ou Prefeitos só poderão ser responsabilizados por improbidade administrativa, em tais casos, se restar manifestamente provado e evidente que a lei foi objeto de um pré-ordenado conluio entre uns e outros para beneficiar ou prejudicar tal ou qual pessoa.

Fábio Medina Osório, destacado membro do Ministério Público do Rio Grande do Sul e seguramente uma das maiores autoridades a respeito do tema “improbidade administrativa”, considera que a atuação dos agentes políticos sujeita-se à incidência da Lei 8.429/92, ao dizer:

“Ora, se o ato jurisdicional, ministerial ou legislativo é praticado com dolo, para fins ilícitos, não parece haver maiores problemas na identificação de um uso indevido da função pública. Nesse caso, o que é reprimido não é um ato jurisdicional, ministerial ou legislativo *strictu sensu*, mas uma conduta ilícita, até criminosa, que lhe precede e que lhe vicia” (RT-750/71).

Em outras palavras, a responsabilização do agente político por atuação fundada em lei requer dolo ou culpa grave, inócurrenente no caso em enfoque conforme as circunstâncias fáticas inicialmente expostas.

É o que também proclamou o Superior Tribunal de Justiça em dois casos onde o Prefeito era increpado de improbidade administrativa por contratação de pessoal sem concurso público. Veja-se:

“A imposição das sanções de perda da função pública, suspensão dos direitos políticos e proibição de contratar com o Poder Público por cinco anos, na hipótese em exame seria medida desarrazoada, uma vez que, como ressaltou a Corte de origem, além de não ter ocorrido efetivo prejuízo ao Município nem enriquecimento ilícito, tampouco houve comprovação de má-fé, dolo ou culpa” (REsp. n. 242.632/MG, rel. Min. Franciulli Neto, DJU de 30-6-2003).

“Não havendo enriquecimento ilícito e nem prejuízo ao erário municipal, mas inabilidade do administrador, não cabem as punições previstas na Lei n. 8.429/92. A lei alcança o administrador desonesto, não o inábil” (REsp. n. 213.994/MG, rel. Min. Garcia Vieira, DJU de 27-9-99).

Essa orientação foi seguida recentemente por esta Primeira Câmara de Direito Público, em acórdão de relatoria do eminente Des. Vanderlei Romer:

ACÇÃO CIVIL PÚBLICA DE RESPONSABILIDADE POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. NOMEAÇÃO PARA CARGO DE PROVIMENTO EM COMISSÃO, CUJA NATUREZA, TODAVIA, É PRÓPRIA DE CARGO DE PROVIMENTO MEDIANTE CONCURSO PÚBLICO. OCORRÊNCIA, AINDA, DE CONTRATAÇÕES TEMPORÁRIAS, DITAS ILEGAIS PELO AUTOR. ALEGADA AFRONTA AOS PRINCÍPIOS DA MORALIDADE, LEGALIDADE E IMPES-  
SOALIDADE. AUSÊNCIA, TODAVIA, DE DOLO, PORQUE EVIDENCIADA, PELA PROVA TESTEMUNHAL, A EFETIVA NECESSIDADE DAS CONTRATAÇÕES. IMPERATIVIDADE DA DEMONSTRAÇÃO DO ELEMENTO SUBJETIVO, EM SE TRATANDO DE OFENSA A PRINCÍPIO ADMINISTRATIVO SOB ENFOQUE. CONTRATAÇÕES FEITAS COM AMPARO EM LEGISLAÇÃO MUNICIPAL COM PRESUNÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE. RESPALDO, ENTÃO, EM LEI QUE, MUITO EMBORA ACOIMADA DE INCONSTITUCIONAL, NÃO CHEGA A SER DECLARADA COMO TAL. PRECEDENTES. INOCORRÊNCIA, ADEMAIS, DE ENRI-

## QUECIMENTO ILÍCITO, BEM COMO PREJUÍZO ECONÔMICO AO ERÁRIO. DECRETO DE IMPROCEDÊNCIA BEM PRONUNCIADO.

1. “O objetivo da Lei de Improbidade é punir o administrador público desonesto, não o inábil. Ou, em outras palavras, para que se enquadre o agente público na Lei de Improbidade é necessário que haja o dolo, a culpa e o prejuízo ao ente público, caracterizado pela ação ou omissão do administrador público” (Mauro Roberto Gomes de Mattos, em *O Limite da Improbidade Administrativa*, Edit. América Jurídica, 2. ed. p. 7 e 8).
2. “A finalidade da lei de improbidade administrativa é punir o administrador desonesto” (Alexandre de Moraes, in *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*, Atlas, 2002, p. 2.611).
3. “De fato, a lei alcança o administrador desonesto, não o inábil, despreparado, incompetente e desastrado” (REsp. n. 213.994-0/MG, 1ª Turma, rel. Min. Garcia Vieira, DOU de 27-9-1999) (REsp. n. 480.387/SP, rel. Min. Luiz Fux, 1ª T, DJU de 24-5-2004, p. 162) (REsp. n. 758.639/PB, rel. Min. José Delgado) (Ap. Cív. n. 2005.035785-6, de Papanduva, j. em 15-3-2007).

### Do corpo do voto, extrai-se:

Responsabilizar os requeridos seria o mesmo que, por via reflexa, fazê-los responder, objetivamente, pela edição das leis tidas por inconstitucionais.

Por derradeiro, não se deve olvidar que o administrador público tem o poder-dever de não aplicar lei manifestamente inconstitucional. Não obstante, não se pode obrigá-lo a interpretá-la como tal. Cabe aos legitimados argüírem pelos meios próprios, junto ao Poder Judiciário, o vício afrontativo à Constituição. Até a prestação jurisdicional, cautelar ou definitiva, gize-se mais uma vez, a norma continuará gozando da presunção de constitucionalidade (Ação Civil Pública n. 2004.004324-4).

Como se vê, os julgados citados esposam a tese de que não ficou caracterizado o ato ímprobo ressarcível, à míngua de comprovação de dolo ou má-fé dos administradores, conjugado com o prejuízo ao erário público.

[...]

Enfim, as contratações foram feitas com amparo em legislação municipal, com presunção de constitucionalidade. E ainda que sobre ela paire tal pecha, o fato é que ela não chegou a ser declarada.

Além disso, as normas municipais têm caráter abstrato, genérico. Não há nenhuma indicação na inicial de que, com dolo ou má-fé, favoreceram determinadas pessoas ou casos concretos, a não ser o prejuízo da sociedade como um todo.

Por fim, não consta dos autos nenhum indicativo de prejuízo ao erário, uma vez que a inicial não menciona que os servidores nomeados deixaram de prestar suas atribuições, o que se pressupõe que a Municipalidade recebeu a contraprestação dos vencimentos pagos.

A inicial pugnou a condenação pelo art. 11 da Lei n. 8.429/92, que trata dos atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da Administração Pública, e não aqueles que causam prejuízo ao erário.

De qualquer forma, não ficou demonstrado prejuízo ao erário, tanto que o próprio Ministério Público Estadual, na sua apelação, reconhece “ainda que não tenha causado prejuízo financeiro ao erário” (fl. 683).

Por essa razão, apesar de não se aprovar a edição das leis municipais que acabaram por criar, indevidamente e de forma desproporcional, um grande número de cargos de provimento em comissão que não demandavam confiança para seu desempenho, não há falar em ato de improbidade do então Prefeito Municipal, que acabou por fazer o que a lei em vigor permitia.

Improcedente o pedido inicial, destaca-se que “Somente há condenação em honorários, na ação civil pública, quando o autor for considerado litigante de má-fé, posicionando-se o STJ no sentido de não impor ao Ministério Público condenação em honorários. [...]” (Recurso Especial n. 493.823/DF, Segunda Turma, rela. Mina. Eliana Calmon, j. 9-12-2003).

Não há nenhum resquício de má-fé na propositura da demanda, muito menos alegações a respeito, razão pela qual não há falar em condenação em honorários advocatícios.

Por fim, a Lei Complementar Estadual n. 156/97, com redação dada pela Lei Complementar Estadual n. 161/97, isenta de custas os processos nos quais tenham sido vencidas a Fazenda do Estado e a dos Municípios, direta ou por administração autárquica, quanto a ato praticado por servidor remunerado pelos cofres públicos.

## 2 Recurso do Ministério Público

Fica prejudicado o recurso do Ministério Público que visa o agravamento das sanções e a condenação do requerido em honorários advocatícios.

Pelo exposto, voto pelo provimento do recurso do requerido, para julgar improcedente o pedido inicial. Fica prejudicado o recurso do Ministério Público Estadual.

## DECISÃO

Ante o exposto, por maioria de votos, dá-se provimento ao recurso de Luiz Basso para julgar improcedente o pedido. Fica prejudicado o recurso do Ministério Público Estadual. Vencido o Exmo. Sr. Des. Volnei Carlin.

O julgamento, realizado no dia 6 de dezembro de 2007, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Volnei Carlin, com voto vencido, e dele participou o Exmo Sr. Des. Vanderlei Romer. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer a Exma. Sra. Dra. Hercília Regina Lemke.

Florianópolis, 7 de dezembro de 2007.

Sérgio Roberto Baasch Luz  
RELATOR



*Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Volnei Carlin*

EMENTA ADITIVA (art. 148, § 3º, do Regimento Interno, publ. DJSC n. 10.033, de 14-8-98).

ACÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – CRIAÇÃO DE CARGOS DE PROVIMENTO EM COMISSÃO — INICIATIVA DE LEI DO PREFEITO – INCHAÇO DESMEDIDO DA MÁQUINA PÚBLICA – DESVIRTUAMENTO DA NATUREZA DOS CARGOS.

Configura ato de improbidade administrativa esculpido no art. 11 da Lei n. 8.429/92 a conduta do Prefeito que, desatendendo os comandos do art. 37, V, da Carta Magna, encaminha projeto de lei à Câmara de Vereadores, a fim de criar um número desarrazoado de cargos de provimento em comissão para os quais não se exige o necessário exercício de funções de assessoramento, chefia e direção.

Na comarca de São Miguel do Oeste, o Ministério Público do Estado de Santa Catarina manejou ação civil pública contra Luiz Basso, imputando-lhe a prática de ato de improbidade administrativa descrito no art. 11 da Lei n. 8.429/92.

Narrou, em suma, que, no mês de janeiro de 1993, o réu, na qualidade de alcaide daquele Município, enviou projeto de lei à Câmara de Vereadores a fim de que fosse alterado o teor da Lei n. 2.653/89, a qual dispunha sobre a classificação de cargos e empregos da Administração Direta local.

Asseverou que o mencionado projeto foi aprovado com folga pelos edis, transformou-se na Lei Municipal n. 3.216/93. Destacou, no entanto, que o bojo do novel diploma trouxe consigo profunda modificação nos quadros do Executivo, porquanto criou nada menos que 249 (duzentos e quarenta e nove) novos cargos de provimento em comissão. Ressaltou, também, que estes não guardavam características de comissionados, razão pela qual vislumbra que o réu dispensou indevidamente a realização de concurso público.

Prolatada a sentença, o Magistrado *a quo* julgou procedente a ação e condenou o ex-prefeito, nos termos do art. 12, III, da Lei n. 8.429/92, à suspensão dos direitos políticos pelo prazo de 3 (três) anos; ao pagamento de multa civil arbitrada em 3 (três) vezes o valor de sua remuneração à época em que findou o mandato; e à proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios pelo interregno de 3 (três) anos.

A tempo e modo, ambas as partes interpuseram recurso de apelação.

De um lado, pugna o Órgão Ministerial pelo recrudescimento da condenação, com o conseqüente decreto de perda da função pública exercida, nos dias atuais, pelo réu. Pleiteia, outrossim, a majoração do *quantum* estipulado a título de multa civil para 20 (vinte) vezes o valor de seu último vencimento como Gestor. Ao final, postula a imposição do pagamento de honorários advocatícios ao vencido, cujo montante há de ser revertido para o Fundo de Reconstituição dos Bens Lesados.

De outra ponta, Luiz Basso argúi, preliminarmente, a inaplicabilidade da Lei n. 8.429/92 aos agentes políticos. No mérito, argumenta que as contratações possuíam suporte legal e, por isso, não estava imbuído de dolo e má-fé indispensáveis à configuração do ato ímprobo. Persegue, por conseguinte, a reforma integral do *decisum*.

Iniciado o julgamento, proferiu voto o eminente Relator Des. Sérgio Roberto Baasch Luz no sentido de dar provimento ao recurso do ex-alcaide para, então, absolvê-lo das imputações que pesam contra ele e, conseqüentemente, julgar prejudicado o reclamo interposto pelo Ministério Público.

Para tanto, vislumbra o Julgador que o ex-prefeito do município de São Miguel do Oeste agiu amparado por lei devidamente aprovada pela Câmara de Vereadores. Sob esse prisma, destaca a inexistência do elemen-

to volitivo imprescindível para a caracterização do ato de improbidade administrativa.

A questão, no entanto, merece uma análise mais acurada, porquanto são os detalhes contidos no feito que emprestam tintas e contornos diversos ao quadro fático esposado pelo recorrente Luiz Basso.

Consoante se infere dos autos, a Lei Municipal n. 2.653, de 17 de novembro de 1989, cujo teor versava sobre a “classificação de cargos e empregos da Administração Direta do Município de São Miguel do Oeste”, previa, no tocante aos cargos de provimento em comissão, dois grupos distintos: a) “direção e assessoramento superior – DAS”; e b) “direção e assistência intermediária – DAI” (fl. 206).

Após assunção ao cargo de prefeito, o sucumbente sancionou, em 29 de janeiro de 1993, a Lei n. 3.216 que, por sua vez, promoveu profunda modificação na estrutura funcional do Poder Executivo (fl. 40).

Foi criado, enfim, o grupo “*funções executivas de confiança – FEC – SME*”, no qual se incluem “*os cargos e funções executivas cujo provimento em comissão, é regido pelo critério de confiança, a que sejam inerentes às atividades de execução*”, segundo referenda o art. 5º.

Na mesma linha, o art. 7º, do então novo diploma, assim consignou:

Os cargos de provimento em comissão do Grupo: Direção e Assessoramento Superior – DAS; Direção e Assistência Intermediária – DAI; e Funções Executivas de Confiança – FEC-ME, do quadro de pessoal da Administração Direta do Município, *regidos pelo critério de confiança, são de livre nomeação e exoneração do Chefe do Poder Executivo* (grifou-se).

Posteriormente, as Leis Municipais n. 3.251/93 e 3.324/93 criaram mais cargos de provimento em comissão nos grupos então existentes (fls. 50-52 e 53-55).

As modificações legislativas ora explanadas causaram verdadeiro impacto nos quadros do Poder Executivo de São Miguel do Oeste.

Em menos de um ano da posse do alcaide, com o primeiro diploma legal aprovado, é bom que se registre, em tempo recorde pela Câmara de Vereadores, uma vez que a norma foi sancionada em 29 de janeiro de 1993, o insurgente criou nada menos que 249 (duzentas e quarenta e nove) novas funções comissionadas. Dentre elas, 221 (duzentas e vinte uma) foram efetivamente providas por Luiz Basso durante seu mandato.

Até 1992, o Município contava apenas 46 (quarenta e seis) cargos dessa natureza. Trata-se de verdadeiro inchaço da máquina pública sem, no entanto, nenhuma justificativa plausível apta a dar suporte à manobra.

Tanto é verdade que, anos mais tarde, a Lei Complementar n. 4/04 disciplinou inteiramente a matéria ventilada, ocasião em que manteve tão-somente 92 (noventa e dois) cargos de provimento em comissão.

Ora, se mesmo diante do longo lapso temporal transcorrido, fato que permitiria vislumbrar um crescimento populacional que demandasse maior material humano a fim de dar conta dos anseios inerentes ao interesse público local, o Chefe do Poder Executivo houve por bem reduzir o número de funções de confiança, fica evidente que a alteração legislativa empreendida em 1993 afigurava-se desnecessária.

Como se não bastasse, a natureza dos postos criados e providos à revelia de concurso público pelo apelante é destituída de qualquer relação com os escopos para os quais se destinam os cargos comissionados.

A conclusão emerge evidente quando se constata, por exemplo, a criação dos postos de: 1) assistente especial na área da saúde I; 2) assistente especial na área da saúde II; 3) assistente especial na área da saúde IV; 4) assistente de educação infantil; 5) assistente em alimentação e limpeza; 6) assistente técnico em manutenção; 7) assistente de serviços especiais.

Ora, à guisa de exemplificação, quais as atribuições de chefia, direção ou assessoramento exercidas pelos 129 (cento e vinte nove) assistentes de limpeza integrantes da Administração Pública local durante a gestão de Luiz Basso?

A sucessão de indícios concatenados é hábil, portanto, a atestar o móvel viciado do apelante. Seja pela desproporcional quantidade de cargos cunhados, pela total desvinculação destes com as finalidades a que se destinam, pelo exíguo lapso temporal em que o projeto de lei tramitou na Câmara de Vereadores ou, em última análise, pela avidez com que o ex-prefeito promoveu radicais mudanças no quadro funcional do Executivo, evidências essas que, juntas, dão conta, sim, da presença de dolo em sua conduta.

Rechaçar os elementos de prova produzidos tão-somente porque a atuação ímproba do recorrente está acobertada por uma lei absolutamente inconstitucional porquanto violadora dos princípios mais mezinhas e regentes da atividade estatal é anuir com a impunidade. Certamente, com esse propósito não pode o Poder Judiciário consentir, sob pena de fazer letra morta o art. 37 da Lei Maior.

Nesse sentido, lecionam Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves:

*Havendo nítido desequilíbrio entre o número de cargos em comissão e as atividades a serem desempenhadas, ou mesmo a superioridade em relação aos cargos de provimento efetivo, ter-se-á a inconstitucionalidade da norma que os instituiu, restando violados os princípios da proporcionalidade e da moralidade. Nessa hipótese, a norma não é adequada à consecução do interesse público; é desnecessária, ante a dispensabilidade dos cargos para o regular funcionamento do serviço público; impõe um ônus aos cofres públicos sem a correspondente melhora da qualidade de serviço, o qual poderia ser realizado por um menor número de servidores com despesas inferiores para o erário; e se apresenta dissonante dos valores constitucionais, em especial da moralidade que deve reger os atos estatais, pois os cargos servirão unicamente para privilegiar os apadrinhados do responsável pela no-*

*meação (Improbidade administrativa. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006. p. 366) (grifou-se).*

Com efeito, fica claro que o ato de criação revestiu-se de propósito ilícito, qual seja, fazer tábua rasa do art. 37, V, da Constituição da República e, de quebra, cumprir as eventuais promessas de campanha.

Por outro lado, igualmente não merece guarida a assertiva de que, antes da edição da EC n. 19/98, os cargos de provimento em comissão eram de livre nomeação e exoneração, e que era desnecessário que as atribuições inerentes fossem de chefia, direção e assessoramento.

Nessa senda, dispunha o art. 37, V, da Carta Magna, em sua redação original e vigente à época dos fatos narrados na vestibular:

Art. 37. A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e, também, ao seguinte:

[...]

V – os cargos em comissão e as funções de confiança serão exercidos, preferencialmente, *por servidores ocupantes de cargo de carreira técnica ou profissional, nos casos e condições previstos em lei.*

Desse modo, muito embora a antiga dicção do inciso V não contemplasse que os cargos comissionados pressupunham o exercício de atribuições de chefia, assessoramento e direção, tal comando já era – ou ao menos deveria ser — observado pelos Administradores. A imprescindibilidade de correlação das atribuições estava amplamente consagrada tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência dos tribunais pátrios.

Sobre o tema, colhe-se precedente desta Corte que ilustra com propriedade a alegativa, uma vez que julgado antes da entrada em vigor da EC n. 19/98:

ACÇÃO CIVIL PÚBLICA. CRIAÇÃO POR LEI MUNICIPAL DE CARGOS EM COMISSÃO. ATENTADO AO PRINCÍPIO

DA MORALIDADE. LIMINAR DEFERIDA PARA OBSTAR AS NOMEAÇÕES. REFORMA PARCIAL DO ATO IMPUGNADO.

O Município tem competência para auto-organização de seus serviços. Essa atividade inscreve-se na área de sua autonomia. O seu exercício, entretanto, em matéria de criação de cargos para os quadros da Prefeitura, não se exaure no âmbito da função administrativa. O projeto de lei passa pelo crivo da Câmara Municipal. *E nenhum dos Poderes locais pode relegar a plano secundário princípios gerais superiores, entre os quais, pelo que se infere da Lei Maior de 1988, com normas cogentes para as demais unidades da Federação, o da densa e larga prevalência numérica dos cargos de provimento efetivo, sobre os cargos em comissão. Concebe-se a existência destes, sem o exagero que o bom senso repele e com a prudência indispensável para não afetar a seriedade da administração pública. Tecnicamente, tem-se que pensar sempre ao tratar-se destes últimos, na idéia subjacente da chefia e do assessoramento* (AI n. 8.686, de Taió, rel. Des. Napoleão Amarante, j. em 31-5-1994) (grifou-se).

Na mesma linha, o Supremo Tribunal Federal já se manifestava, *mutatis mutandis*, nesse sentido ao assentar que “*Somente os cargos que pressuponham o vínculo de confiança a autorizar a livre nomeação e exoneração é que podem ser instituídos em comissão, o que não ocorre com o cargo de Oficial de Justiça, sujeito à regra constitucional do concurso público*” (ADIn n. 1.269, Goiás, rel. Ministro Carlos Velloso, j. em 25-8-1995).

Diante das ilações empreendidas, tem-se que a conduta perpetrada pelo recorrente afronta o art. 11 da Lei n. 8.429/92, motivo pelo qual a sentença objurgada não merece reparos nesse particular.

Aprecie-se, enfim, o inconformismo do Órgão Ministerial.

Como visto, postula o representante do *Parquet* a decretação de perda da função pública exercida, nos dias atuais, pelo réu, bem como a majoração do *quantum* estipulado a título de multa civil para 20 (vinte) vezes o valor de seu último vencimento como Gestor.

Pois bem, consoante notícia inserta nos autos, Luiz Basso desempenha atualmente o cargo de Diretor-Geral da Secretaria de Estado de Desenvolvimento Regional de São Miguel do Oeste.

Ora, é certo que o ato ímprobo praticado pelo ex-alcaide afigura-se de especial gravidade. Isso porque, a despeito de não ter causado lesão direta ao erário, o fato certamente trouxe prejuízos aos cidadãos de São Miguel do Oeste, os quais tiveram sua prerrogativa de ingresso no serviço público, mediante concurso, alijada pelo Chefe do Poder Executivo.

Além disso, observa-se que o Magistrado *a quo* impôs ao réu todas as sanções encartadas no art. 12, III, da Lei n. 8.429/92, à exceção do ressarcimento do dano e da perda da função pública. Como dito, justifica-se o afastamento da primeira, uma vez que não houve dano material ao patrimônio público. No entanto, inexistem, à luz do princípio da razoabilidade, razões para rechaçar a segunda reprimenda em referência.

De outro norte, é importante anotar que a aplicação da penalidade de perda do cargo se estende não só àquele desempenhado pelo ímprobo à época dos fatos mas, também, ao exercido ao tempo da condenação.

Nessa linha, Alexandre Rosa e Afonso Ghizzo Neto dissertam:

Declarada a perda da função pública ao agente público, este será expungido da função que estiver exercendo ao tempo da condenação, não sendo relevante a condição que ocupava quando da prática do ato de improbidade administrativa. Se estiver exercendo mais de uma função pública, perderá todas. A lei é sábia. O agente público ímprobo que sofre a suspensão de seus direitos políticos não poderá exercer qualquer função pública (*Improbidade administrativa e Lei de Responsabilidade Fiscal*. Florianópolis: Habitus, 2001. p. 88).

Assim sendo, impõe-se ao réu a sanção ora tratada.

No tocante à multa, não há reparos a realizar. Reputa-se que o *quantum* fixado é razoável e atende aos fins a que se destina a Lei n. 8.429/92.



Por fim, postula o Ministério Público a condenação do vencido ao pagamento de honorários advocatícios, cujo montante há de ser revertido para o Fundo de Reconstituição dos Bens Lesados.

A pretensão, contudo, não merece abrigo.

Na ação civil pública, em atenção ao art. 18 da Lei n. 7.347/85, a condenação em verba honorária somente encontra assento nos casos de má-fé do autor, regra que, segundo entendimento sufragado pelo Superior Tribunal de Justiça, alcança também o Ministério Público.

A Lei n. 8.429/92, por sua vez, é omissa a respeito do tema e nem sequer menciona que, em matéria processual e procedimental, caberá a aplicação analógica do Código de Processo Civil.

Não obstante a lacuna legislativa, a questão foi adequadamente solucionada no julgamento do Recurso Especial n. 493.823, relatado pela eminente Mina. Eliana Calmon e julgado em 9-12-2003, nos seguintes termos:

PROCESSO CIVIL — AÇÃO CIVIL PÚBLICA — HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS — MINISTÉRIO PÚBLICO AUTOR E VENCEDOR.

1. Na ação civil pública, a questão da verba honorária foge inteiramente das regras do CPC, sendo disciplinada pelas normas próprias da Lei n. 7.347, com a redação dada ao art. 17 pela Lei n. 8.078/90.
2. Somente há condenação em honorários, na ação civil pública, quando o autor for considerado litigante de má-fé, posicionando-se o STJ no sentido de não impor ao Ministério Público condenação em honorários.
3. Dentro de absoluta simetria de tratamento, não pode o *parquet* beneficiar-se de honorários, quando for vencedor na ação civil pública.

Do corpo do acórdão, extrai-se:

Se os honorários de sucumbência têm por finalidade remunerar o trabalho do advogado e se eles pertencem, por destinação legal, ao profissional, não podem ser auferidos pelo Ministério Público, seja por vedação constitucional (art. 128, § 5º, II, letra *a*), seja por simetria, seja porque a atribuição de recolhimento aos cofres estatais feriria a sua destinação.

Com efeito, considerando que os honorários advocatícios têm escopo de remunerar o trabalho do causídico, à falta de previsão legal, não cabe cogitar de dar-lhes destinação diversa como a que busca o Ministério Público.

Por essas razões, divergi da douta maioria e fiquei vencido, votando pelo desprovimento do recurso de Luiz Basso e pelo provimento parcial da insurgência do Ministério Público, tão-somente para impor ao réu, também, a sanção de perda da função pública.

Volnei Carlin

## TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

### APELAÇÕES CÍVEIS

#### **Apelação Cível n. 2006.026382-0, da Capital**

Relatora: Desa. Subst. Sônia Maria Schmitz

Responsabilidade civil do Estado. Prescrição.

Instaurado o pertinente inquérito para investigar acidente que vitimou membros da corporação militar, além do auxiliar direto do Chefe do Executivo, tem-se que o prazo prescricional para propor a devida ação de responsabilidade civil contra a Fazenda Pública pontua-se a partir do trânsito em julgado da decisão na esfera criminal.

Acidente aéreo. Morte de policial militar durante viagem oficial. Indenização fundada na relevância do fato e da atividade desenvolvida.

Embora deflua dos autos a natureza infortunística do evento, que acarretou a morte de policial militar durante viagem oficial, há prevalecer a relevância do fato, o perigo que a diligência oferecia, bem como a repercussão desfavorável provocada pelo desastre, dispensando-se, por conseqüência, qualquer discussão acerca da relação de trabalho e culpa do empregador.

Dano moral. Quantificação. Equidade e razoabilidade.

Na ausência de critérios objetivos para mensuração do valor econômico da compensação pelos danos morais, deve o julgador

valer-se das regras de experiência comum e bom senso, fixando-a de tal forma que não seja irrisória, a ponto de menosprezar a dor sofrida pela vítima, ou exagerada, tornando-a fonte de enriquecimento ilícito.

Correção monetária. Juros moratórios.

Para a atualização das parcelas vencidas, a partir da Lei n. 10.406/03 deverá incidir a Taxa Selic, que compreende tanto os juros como o fator de correção.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2006.026382-0, da comarca da Capital (Unidade da Fazenda), em que são apelantes Luiz Gonzaga Machado Guimarães e Josefa Antônia Vargas Guimarães e apelado o Estado de Santa Catarina:

ACORDAM, em Terceira Câmara de Direito Público, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe provimento. Custas na forma da lei.

## RELATÓRIO

Luiz Gonzaga Machado Guimarães e Josefa Antônia Vargas Guimarães ajuizaram ação de indenização contra o Estado de Santa Catarina sob o fundamento de que, no dia 10-6-99, seu filho, Alan Vargas Guimarães, à época 2º Tenente da Polícia Militar/SC — Oficial de Operações, no exercício da atividade, sofreu trágico acidente aéreo, que resultou em sua morte. Imputando ao réu a causa do sinistro, postularam, ao final, o pagamento de danos morais decorrentes do sofrimento a que foram submetidos (fls. 2-11).

Citado, o Estado apresentou contestação, na qual denuncia a lide à empresa Superjet Aerotáxi Ltda. Em preliminar, aventou prescrição e, no mérito, rebateu a tese apresentada, pugnando pela improcedência do pleito (fls. 58-72).

Após a réplica (fls. 89-93) e a manifestação do representante do Ministério Público que consignou a desnecessidade de sua intervenção (fl. 95), sobreveio a sentença que julgou extinto o processo com base no art. 269, IV, do CPC (fls. 96-97).

Inconformados, os vencidos apelaram, defendendo a contagem do prazo prescricional a partir do arquivamento do inquérito policial no Juízo castrense. Por fim, clamaram pela reforma do *decisum* (fls. 101-108).

Com as contra-razões (fls. 138-142), os autos ascenderam a esta Corte e não foram encaminhados à Procuradoria-Geral de Justiça por força do parecer Ministerial de primeiro grau (fl. 95), e dos Atos n. 103/04 e 089/05, emanados do Conselho Superior do Ministério Público, bem como dos enunciados interpretativos deles decorrentes.

## VOTO

No dia 10-6-99, por volta das 23h, Alan Vargas Guimarães, então 2º Tenente da Polícia Militar/SC, juntamente com o Tenente Coronel Dárcio José Maiochi conduziam o Secretário de Segurança Pública de Santa Catarina, Dr. Luiz Carlos Schmidt de Carvalho, em viagem oficial, sentido Joinville-Florianópolis, a bordo do helicóptero Helibrás, locado à Polícia Militar do Estado pela empresa Superjet. Ocorre que na localidade de Morretes, entre os municípios de Biguaçu e Tijucas, após ruídos do motor e desesperada tentativa de pouso forçado, a aeronave chocou-se com um morro, o que resultou na morte dos passageiros.

Robora essa narrativa o registro efetuado pela Polícia Civil (fl. 26), os documentos fotográficos (fls. 27-31), bem como os depoimentos colhidos na fase de investigação (fls. 35-37 e 38-41).

Pois bem. É sabido que, em se tratando de ações ajuizadas contra a Fazenda Pública, o prazo prescricional rege-se pelo art. 1º do Decreto n. 20.910/32, segundo o qual:

As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a natureza, prescrevem em 5 (cinco) anos, contados do ato ou fato do que se originarem.

Todavia, no que interessa, as particularidades do acontecimento ensejaram a instauração do pertinente procedimento militar, indispensável sobretudo porque o sinistro vitimou membros de sua corporação, além do auxiliar direto do Chefe do Executivo do Estado de Santa Catarina.

A respeito, prescreve o art. 9º do Código de Processo Penal Militar:

O inquérito policial militar é a apuração sumária de fato, que, nos termos legais, configure crime militar, e de sua autoria. Tem o caráter de instrução provisória, cuja finalidade precípua é a de ministrar elementos necessários à propositura da ação penal.

Em consonância, Avilmar Santos Ferreira define:

O Inquérito Policial Militar pode ser definido como um conjunto de diligências necessárias objetivando provar e verificar ou não o descumprimento de uma norma legal (*Inquérito policial militar e sindicância*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 19).

De sorte que, havendo a obrigatoriedade das diligências condizentes, como o caso reclamava, facultado estava às partes pleitear o ressarcimento dos prejuízos experimentados após o trânsito em julgado da decisão proferida na esfera criminal. Com efeito, determinado o arquivamento do Inquérito Policial Militar em 24-10-00 e protocolada a presente demanda em 9-9-04, não há reconhecer a extinção do direito dos autores, pelo que deve, pois, ser rechaçada a prejudicial.

Deste Tribunal, colhe-se em reforço:

Sempre sustentei que o processo criminal interferia no fluxo do prazo prescricional somente em relação ao agente que causou os danos e não ao terceiro que eventualmente viesse a responder por ele.

Assim, se o prejuízo decorresse de ato de servidor público em razão de sua função ou de atividade relacionada direta ou indiretamente à

Administração Pública, a prescrição em favor do Estado se operaria em cinco anos, contados da data do fato e não do trânsito em julgado da decisão no processo-crime. É que a condenação, em casos tais, torna certa a obrigação de indenizar tão-somente em relação ao autor do dano.

Não obstante, pacificou-se no Superior Tribunal de Justiça o entendimento que, mesmo nesses casos, a prescrição contra o Estado passaria a correr do trânsito em julgado da decisão criminal. Se não bastasse isso, o novo Código Civil, taxativamente, veio a estabelecer que “quando a ação se originar de fato que deva ser apurado no juízo criminal, não correrá a prescrição antes da respectiva sentença definitiva” (art. 200).

Desse modo, passo a acolher o entendimento sufragado pelo colendo Superior Tribunal de Justiça, e agora também por este Órgão Fracionário, ressaltando que esse já era o entendimento do eminente Desembargador Francisco Oliveira Filho (Ap. Cív. n. 2003.011577-3, da Capital. Declaração do voto do Des. Luiz César Medeiros).

Superada a preliminar, a intervenção da Superjet Aerotáxi Ltda. revela-se inadequada, visto que somente pode ser admitido tal instituto quando, por força da lei ou do contrato, o denunciado estiver obrigado a indenizar em ação regressiva o prejuízo do que perder a demanda (art. 70, III, CPC), condição que, na hipótese, não ficou evidenciada.

Complementando,

O que não se admite é a denunciação da lide simplesmente à vista de qualquer alegação da relação jurídica do demandado com terceiro, que pudesse guardar alguma conexão remota com a questão debatida no processo (THEÓDORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 44. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. I. p. 143).

Assentada essa compreensão, no que concerne à apreciação do mérito pelo Juízo de segundo grau,

Se o autor defender que a tese jurídica da sentença paradigma está errada, então o tribunal poderá se debruçar sobre a questão de direi-

to. Provendo a apelação, reformará a sentença, julgando procedente o pedido em desfavor do réu. Não há ofensa ao contraditório e à ampla defesa porque o réu foi citado e apresentou resposta (ATAI-DE JUNIOR, Vicente de Paula. *As novas reformas do processo civil*. Curitiba: Juruá, 2006. p. 88).

Em consonância, este Tribunal consagrou:

[...] a reforma da sentença que acolheu a prescrição, desde que suficientemente debatida e instruída a causa, habilita o juízo de segundo grau a apreciar o mérito. Embora não esteja incluída no art. 267 do Código de Processo Civil, essa causa de extinção, com análise atípica do mérito, não afasta a aplicação do § 3º do art. 515 do mesmo diploma legal.

[...] deve este Órgão Fracionário analisar a questão de fundo, já que a causa está em condições de imediato julgamento, por versar sobre questão exclusivamente de direito.

[...]

[...] mesmo sem a autorização estampada no § 3º do art. 515 do Código de Processo Civil, é possível o julgamento do mérito pelo Tribunal, quando afastada a prescrição. Para isso, basta que o processo contenha os elementos necessários à seqüência do julgamento, o que é o caso dos presentes autos (Ap. Cív. n. 2005.040166-1, da Capital, rel. Des. Luiz César Medeiros).

Superadas as objeções, tem-se que o fato do evento é incontroverso, porquanto o conjunto probatório (fls. 25-41) elucida com nitidez esses detalhes e evidencia, *a priori*, sua natureza infortunistica.

Entrementes, é certo que o direito à reparação civil por danos causados aos empregados no decurso do exercício laboral direciona-se ao comando do art. 7º, XXVIII, da CRFB/88 e art. 186 do Código Civil, que contemplam a responsabilidade subjetiva, exigindo, para tanto, a comprovação do dolo ou da culpa do empregador.

Na hipótese, porém, adota-se fundamento diverso, mesmo porque nenhum comportamento decisivo para a ocorrência do sinistro foi compro-



vado. Nesse viés, a relevância do fato e suas peculiaridades devem orientar o debate, conduzindo-o aos contornos da teoria do risco, na modalidade risco profissional, segundo a qual “[...] o dever de indenizar tem lugar sempre que o fato prejudicial é uma decorrência da atividade ou profissão do lesado” (CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 144).

E embora expressamente introduzida no Código Civil somente a partir da Lei n. 10.406/02 (art. 927, parágrafo único), a responsabilidade sem culpa, no exercício de atividades perigosas, já vinha preponderando em situações especiais, como observou Rui Stoco:

O Direito Civil brasileiro estabelece que o princípio geral da responsabilidade civil, em direito privado, repousa na culpa. Isso não obstante, em alguns setores, e mesmo em algumas passagens desse vetusto instituto, imperar a teoria do risco. Assim é que a legislação sobre acidentes no trabalho é nitidamente objetiva; a que regula os transportes em geral (aéreo, ferroviário) invoca-a; a responsabilidade por fato das coisas repousa na responsabilidade objetiva (*Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 62).

Em suma, prevalece o perigo que a diligência oferecia, bem como a repercussão desfavorável provocada pelo desastre, particularidades que, por si só, autorizam abordagem diferenciada, além daquelas ordinariamente empregadas. Dispensa-se, por conseqüência, qualquer incursão na relação de trabalho e na culpa do empregador.

Nesses contornos, pontual a responsabilização do Estado, uma vez que o dano moral sobressai do sofrimento a que foram submetidos os autores, em decorrência do trágico falecimento do filho, até porque, nessa seara, nada há a ser provado, diante da ausência de repercussão patrimonial.

Sim,

[...] O que se chama de “dano moral” é, não um desfalque no patrimônio, nem mesmo a situação onde só dificilmente se poderia

avaliar o desfalque, senão a situação onde não há ou não se verifica diminuição alguma. [...] dano moral é empregada com sentido traslado ou como metáfora: um estrago ou uma lesão (este o termo jurídico genérico), na pessoa mas não no patrimônio. [...] O dinheiro pago, por sua vez, não poderia recompor a integridade física, psíquica ou moral lesada. Não há correspondência nem possível compensação de valores. Os valores ditos morais são valores de outra dimensão, irredutíveis ao patrimonial (MORAES, Walter apud STOCO, Rui. op. cit. p. 457-458).

Não diverge o Tribunal no que assentou:

Os danos morais resultantes da morte de ente querido e, pois, ligados a sentimentos essencialmente subjetivos, como a dor, o abalo psíquico, a mágoa, a tristeza, afetando exclusivamente o patrimônio ideal dos atingidos pela perda, não são passíveis de comprovação no plano fático. Decorrem eles, tão-somente, da intensidade da ofensa havida, sendo implicações inarredáveis da natureza e das conseqüências advindas do fato (Ap. Cív. n. 1996.010888-2, da Capital, rel. Des. Trindade dos Santos).

Em relação ao *quantum* fixado, tarefa das mais tormentosas do julgador, pois ao tempo em que não pode ser considerado irrisório, a ponto de menosprezar a dor sofrida, também não pode dar margem ao enriquecimento ilícito. Em outros termos, dada a ausência de critérios objetivos que permitam quantificar economicamente a lesão à honra subjetiva do cidadão, deve o magistrado valer-se sobretudo das regras da experiência comum e do bom senso, que, em outras palavras, autorizam o julgamento por equidade.

Nas palavras de Antonio Lindbergh C. Montenegro,

Para avaliar o dano moral, haver-se-á de levar em consideração, em primeiro lugar, a posição social e cultural do ofensor e do ofendido. Para isso deve-se ter em vista o *homo medius*, de sensibilidade ético-social normal (*Ressarcimento de danos*. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005. p. 132).

Nessa tessitura, diante das minudências do caso, mostra-se adequado fixar o valor em R\$ 70.000,00 (setenta mil reais), devidamente corrigido a partir de seu arbitramento.

No mais, cumpre assentar que

[...] não se tratando de verba remuneratória e, portanto, de caráter alimentar, deve ser aplicada, a partir da entrada em vigor da Lei n. 10.406/2002 — Código Civil —, nos termos do seu art. 406, a Taxa Selic, que compreende tanto os juros de mora como o fator de correção monetária (TJSC, Ap. Cív. n. 2005.034058-3, de Concórdia, rel. Des. Luiz César Medeiros).

Por fim, fixam-se os honorários advocatícios em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, conforme posicionamento desta Corte (Ap. Cív. n. 2002.002158-0, de Blumenau, rel. Des. Luiz César Medeiros), e isenta-se o Estado do pagamento das custas processuais, consoante dispõe o art. 35, *i*, da LC n. 156/97, com a redação dada pela LC n. 161/97.

Ante o exposto, vota-se pelo conhecimento e provimento do recurso para rejeitar a prescrição e a denunciação da lide e, na forma do art. 515, § 3º, do CPC, julgar procedente o pedido para condenar o Estado de Santa Catarina ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 70.000,00 (setenta mil reais), atualizado desde o arbitramento pela Taxa Selic, que compreende tanto juros de mora como fator de correção. Por fim, fixam-se os honorários advocatícios em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, e isenta-se o Estado das custas processuais, consoante dispõe o art. 35, *i*, da LC n. 156/97, com a redação dada pela LC n. 161/97.

## DECISÃO

Nos termos do voto da Relatora, a Terceira Câmara de Direito Público, por unanimidade, decidiu conhecer do recurso e dar-lhe provimento.

O julgamento, realizado em 28 de novembro de 2006, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Luiz César Medeiros, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Cesar Abreu.

Florianópolis, 28 de setembro de 2007.

Sônia Maria Schmitz  
RELATORA

## Apelação Cível n. 2007.001984-2, de Joinville

Relatora: Desa. Subst. Sônia Maria Schmitz

### AGRAVO RETIDO. NÃO CONHECIMENTO.

Se o recurso de apelação ressentir-se dos pressupostos objetivos de admissibilidade, como a tempestividade, e não for recebido, ensejará *ipso facto* o não-conhecimento do agravo retido, que a ele é subordinado (art. 523, § 1º, CPC).

### RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. PRESCRIÇÃO.

O prazo prescricional pontua-se do momento em que o titular do direito detém a prerrogativa para exigí-lo ou defendê-lo, impulsionando a ação que o assegure. Logo, se o autor teve ciência da violação somente na época de sua aposentadoria, oportunidade em que cabia levantar o saldo remanescente da indenização acidentária, conforme a lei vigente, tem-se que a prescrição começa a correr daí, porquanto não existia antes disso nenhum elemento propulsor do direito de ação.

Deveras, são requisitos da prescrição a inércia (causa eficiente) e o transcurso do tempo (fator operante). Dirigindo-se contra a inércia da ação, a prescrição só é possível quando há uma ação a ser exercida, não quando há simplesmente um direito que deixa de ser exercido (inoperante).

Isso porque a prescrição age não contra a inércia do direito senão contra a inércia da ação, para restabelecer a segurança do direito, de modo que faz desaparecer o estado de incerteza resultante do estorvo não superado (Câmara Leal).

ACÇÃO DE INDENIZAÇÃO. QUANTIA RESULTANTE DE TRANSAÇÃO E DEPÓSITO JUDICIAL SACADA POR OUTREM, MEDIANTE FALSIFICAÇÃO DE ASSINATURA NO RECIBO DE ENTREGA.

Defluindo dos autos que o valor relativo ao acordo e depósito judicial foi sacado por outrem, mediante falsificação da assinatura no recibo de entrega, repassado, por suposto, diretamente das mãos do escrivão responsável, o dever de ressarcir o lesado na quantia indevidamente apropriada revela-se inarredável, por força do dispositivo constitucional, que contempla a responsabilidade objetiva.

#### CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS DE MORA.

Para a correção das parcelas vencidas é recomendável a utilização do INPC e juros moratórios no percentual de 0,5% ao mês, até a entrada em vigor da Lei n. 10.406/03, quando, então, deverá incidir a Taxa Selic, que compreende tanto os juros como o fator de correção.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2007.001984-2, da comarca de Joinville (1ª Vara da Fazenda Pública), em que é apelante Antonio Benjamim Machado, e apelado o Estado de Santa Catarina:

ACORDAM, em Terceira Câmara de Direito Público, por votação unânime, não conhecer do agravo retido e, em sede de remessa necessária, confirmar a r. sentença, com a complementação relativa aos acessórios especificados (juros e correção monetária). Custas na forma da lei.

#### RELATÓRIO

Antonio Benjamim Machado ajuizou ação de indenização contra o Estado de Santa Catarina, objetivando o ressarcimento do equivalente a CR\$ 126.000,00 (cento e vinte e seis mil cruzeiros), depositado sob custódia do escrivão da 2ª Vara Cível da comarca de Lages, Sr. José Moacir Ribeiro, referente à transação efetuada em litígio acidentário, quantia que haveria de ser encaminhada ao Instituto da Aposentadoria e Pensões dos

Industriários, conforme legislação da época, para saque por ocasião da sua inativação. Noticiando a apropriação indevida, haja vista a falsificação de sua assinatura no recibo de entrega do valor, e discorrendo a propósito de seu direito, concluiu instando pelo acolhimento da pretensão (fls. 2-8).

Citado, o Estado contestou, aventando, preliminarmente, prescrição. Insurgiu-se também contra o deferimento da assistência judiciária e denunciou a lide aos herdeiros do servidor. No mérito, negou sua responsabilidade à mingua de provas, sobretudo porque o exame grafotécnico deixou de respeitar o princípio do contraditório. Ao final, pugnou pela improcedência da súplica (fls. 93-104).

Após a réplica (fls. 107-113), o representante do Ministério Público manifestou-se pela extinção do feito sem julgamento do mérito (art. 269, IV, do CPC) (fls. 119-120).

Deferida a intervenção postulada (fl. 123), citados por edital, os denunciados deixaram transcorrer *in albis* o prazo, nomeando-se-lhes curador especial (fl. 143) que, em sua resposta, argüiu, prefacialmente, prescrição. Apregoou, ainda, impropriedade da denunciação e, na questão de fundo, rebateu a tese expendida na inicial, postulando a rejeição do pleito (fls. 147-151).

Opinando o Órgão Ministerial pela instrução probatória (fls. 158-162), o Magistrado superou a preliminar e determinou a produção da prova técnica, com a nomeação do *expert* (fls. 190-192).

Inconformado, o demandado interpôs agravo de instrumento (fls. 204-209), que foi convertido em agravo retido (fl. 200).

Indeferido o pedido de desistência da perícia formulado pelo réu (fls. 246-247), com os quesitos pertinentes (fls. 196 e 237), e formalizados os trabalhos, o perito anexou o laudo (fls. 271-287).

Consignando a Promotoria de Justiça a desnecessidade de sua intervenção (fl. 322), seguiu-se a r. sentença que julgou procedente o pedido contra o Estado de Santa Catarina e improcedente a denúncia da lide (fls. 324-336).

Irresignado, o Estado apelou, intempestivamente, renovando os argumentos que houvera esgrimido na defesa (fls. 341-345).

Sem o pressuposto objetivo de admissibilidade, o recurso estatal não foi recebido. Remetidos os autos por força do reexame necessário, estes não foram encaminhados à Procuradoria-Geral de Justiça, por força dos Atos n. 103/04 e 89/05, emanados do Conselho Superior do Ministério Público, bem como dos enunciados interpretativos decorrentes.

## VOTO

Há obstáculo ao conhecimento do agravo retido interposto pelo Estado de Santa Catarina diante da falta de seus requisitos de admissibilidade, quais sejam: inexistência de recurso de apelação e, conseqüentemente, falta de requerimento exposto para a respectiva apreciação, consoante previsão do art. 523, § 1º, do CPC.

É que, por ser retido, o agravo se subordina à apelação. *“Assim se a apelação não for conhecida, também não o será o agravo retido”* (FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 1.118).

No que concerne aos fatos, tem-se que o autor sofreu sinistro laboral em abril de 1961, razão pela qual ajuizou ação de indenização por acidente do trabalho contra a empregadora, na 2ª Vara Cível da comarca de Lages, da qual também integrou a lide Atalaia Companhia de Seguros. O litígio resultou em transação e coube à Seguradora depositar em cartório CR\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil cruzeiros), dos quais CR\$ 24.000,00 (vinte e quatro mil cruzeiros) seriam antecipados ao demandante, e o saldo remanescente encaminhado ao Instituto de Aposentadoria e Pensões dos



Industriários, conforme legislação da época, para garantir a futura aposentadoria do beneficiário. Ocorre que em 25-5-65 o Instituto formulou correspondência ao Juízo aquiescendo a entrega antecipada da importância restante (fl. 63). Na mesma data consta recibo entregue pelo escrivão ao segurado daquele montante de CR\$ 126.000,00 (cento e vinte e seis mil cruzeiros) (fl. 64). O processo foi arquivado em 24-10-66 (fl. 64).

Sem nada saber, ao tratar de sua aposentação, em 27-11-89, o autor constatou que aquele depósito não mais existia, sacado que fora por “alguém”, diretamente das mãos do escrivão responsável, Sr. José Moacir Ribeiro, falecido em 14-6-89. Sua assinatura no recibo, conforme atestou a perícia policial (fls. 66-73), fora falsificada.

Roboram essa narrativa os documentos acostados (fls. 12-76), bem como o laudo grafotécnico (fls. 270-299).

Pois bem. É sabido que em se tratando de ações ajuizadas contra a Fazenda Pública, o prazo prescricional rege-se pelo art. 1º do Decreto n. 20.910/32, segundo o qual:

As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a natureza, prescrevem em 5 (cinco) anos, contados do ato ou fato do que se originarem.

Todavia, revela distinguir que

Não é, pois, contra a inércia do direito, mas contra a inércia da ação, que a prescrição age, a fim de restabelecer a estabilidade do direito, fazendo desaparecer o estado de incerteza resultante da perturbação, não removida pelo seu titular. E, por isso, dirigindo-se contra a inércia da ação, a prescrição só é possível quando há uma ação a ser exercitada, e o deixa de ser, e não quando há simplesmente um direito que deixa de ser exercido.

Diante de tão clara elucidação, teremos que reconhecer que a prescrição só pode ter por objeto a ação, e não o direito, posto que

este sofra também os seus efeitos, porque ela, extinguindo a ação, o torna inoperante.

[...]

Quatro são os elementos integrantes, ou condições elementares, da prescrição:

1º — existência de uma ação exercitável (*actio nata*);

2º — inércia do titular da ação pelo seu não exercício;

3º — continuidade dessa inércia durante um certo lapso de tempo;

4º — ausência de algum fato ou ato a que a lei atribua eficácia impeditiva, suspensiva ou interruptiva do curso prescricional.

Sem exigibilidade do direito, quando ameaçado ou violado, ou não satisfeita sua obrigação correlata, não há ação a ser exercitada; e, sem o nascimento desta, pela necessidade de garantia e proteção ao direito, não pode haver prescrição, porque esta tem por condição primária a existência da ação (LEAL, Antônio Luis Câmara. *Da prescrição e da decadência*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982. p. 10-11).

Em outros termos, o início do prazo prescricional pontua-se do momento em que o titular do direito pode exigí-lo ou defendê-lo, impulsionando a ação que o assegure.

Nesse viés, tem-se que o levantamento do saldo remanescente da indenização acidentária subordinava-se à condição futura, qual seja, a inatividade do segurado, de modo que lhe é facultado a partir daí pleitear a aquisição completa de seu direito, como efetivamente o fez. Inexistia antes desse marco qualquer elemento propulsor do curso normal da prescrição, mesmo porque a violação somente foi conhecida em 27-11-89, particularidade que impedia, até então, o exercício da ação apropriada.

De sorte que:

Não nos parece racional admitir-se que a prescrição comece a correr sem que o titular do direito violado tenha ciência da violação.

Se a prescrição é um castigo à negligência do titular – *cum contra desides homines, et sui juris contentores, odiosae exceptiones oppositae sunt* —, não se compreende que a prescrição sem a negligência, e a esta, certamente, não se dá quando a inércia do titular decorre da ignorância, da violação.

Nosso Cod. Civil, a respeito de diversas ações, determina expressamente o conhecimento do fato, de que se origina a ação, pelo titular, como ponto inicial da prescrição.

Exercitar a ação, ignorando a violação que lhe dá origem, é racionalmente impossível, e antijurídico seria responsabilizar o titular por uma inércia que não lhe pode ser imputada – *ad impossibilia nemo tenetur* (op. cit. p. 23).

Com efeito, ciente do embaraço em 27-11-89, data que teve vista dos autos — arquivados em 1966 —, e protocolada a presente demanda em 30-3-93, não há reconhecer a extinção do direito de ação, pelo que deve, pois, ser superada a prejudicial.

Assentada essa compreensão, o fato do evento é incontroverso, porquanto o conjunto probatório (fls. 12-76 e 270-299) demonstra, nitidamente, que o valor relativo ao acordo judicial foi sacado por outrem, mediante falsificação da assinatura do autor no recibo de entrega, repassado, supostamente, pelo escrivão da 2ª Vara Cível da comarca de Lages, Sr. José Moacir Ribeiro.

Do que concluiu o perito grafotécnico, retira-se porque essencial:

Através das técnicas e elementos detalhados nos capítulos *supra*, esta Perícia constatou que a assinatura no documento questionado, atribuída ao Autor, Antonio Benjamim Machado, no recibo de fl. 234, não tem condições de ser qualificada como autêntica e/ou como de sua autoria, ou seja, é FALSA (fl. 282).

Ora, é certo que competia ao responsável pelo cartório executar fielmente a decisão judicial, quer pela transferência imediata do montante ao Instituto de Previdência, quer atentando para as formalidades que a espécie reclamava no momento do repasse.

Como bem apontado no *decisum*:

[...] embora conste dos autos o “Questionário a ser preenchido pelo Cartório ou Repartição, onde se processar o pagamento da indenização devida por acidente de trabalho ocorrido com associado do Instituto” (doc. de fl. 58, assinado pelo Sr. Escrivão Judicial à época), bem como correspondências do IAPI (Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Industriários) endereçado ao Juiz da 2ª Vara Cível de Lages (fls. 59-60), em nenhum documento juntado consta menção à transferência feita ao IAPI ou pelo menos acuse o recebimento pelo aludido Instituto, da quantia excedente e não entregue ao ora requerente.

Todavia, encontra-se encartado à fl. 63, nova correspondência do IAPI endereçado ao Juiz da Comarca de Lages (2ª Vara Cível), em que o “Agente” subscritor da missiva, Sr. Manoel Batista de Arruda, assim se expressou (transcrevemos *ipsis litteris*):

[...]

*“Relativamente ao excesso de indenização do acidentado ANTONIO BENJAMIM MACHADO, empregado da firma AGRO INDUSTRIAL ANITA GARIBALDI LTDA., informo a V. Excia. que não se opõe este Instituto à entrega da importância, visto que a comunicação de que a indenização se encontra à disposição do IAPI ocorreu após a cessação do primeiro benefício percebido pelo segurado. [...]”* (grifamos).

O que leva à conclusão de que efetivamente o IAPI não recebeu a quantia remanescente da indenização paga pela seguradora ATALIA ao segurado Antônio Benjamim Machado, e que consoante o recibo de fls. 56 foi depositado no Juízo da 2ª Vara Cível da comarca de Lages/SC.

Nesses contornos, o debate direciona-se ao comando do § 6º do art. 37 da Constituição da República, que contempla a teoria do risco administrativo, pela qual o Poder Público tem o dever de indenizar os danos que as atividades e os serviços de seus agentes causarem aos particulares, de modo que basta, para tanto, a comprovação do efetivo prejuízo e a relação causal com a conduta comissiva ou omissiva da Administração.

## Isso porque

O escrivão, denominação consagrada no Código de Processo Civil (art. 139), ou escrivão-diretor, é considerado como o principal auxiliar da Justiça, cabendo-lhe superintender todos os serviços do ofício de Justiça (“cartório judicial”).

Portanto, é responsável por tudo que se passa no cartório e responde civil e criminalmente pelos seus atos e de seus auxiliares (escreventes, auxiliares judiciários e outros).

Sendo o escrivão servidor público típico, estipendiado pelo Estado e detentor de cargo público, pelos atos danosos por ele ou seus auxiliares praticados em detrimento de terceiros, cabe, em princípio, ação de responsabilidade civil contra a Fazenda Pública (STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 1.037).

## Da lição de José dos Santos Carvalho Filho extrai-se:

No que concerne aos atos administrativos (ou atos judiciários), incide normalmente sobre eles a responsabilidade civil objetiva do Estado, desde que, é lógico, presentes os pressupostos de sua configuração. Enquandram-se aqui os atos de todos os órgãos de apoio administrativo e judicial do Poder Judiciário, bem como os praticados por motoristas, agentes de limpeza e conservação, escrivães, oficiais cartorários, tabeliães e, enfim, de todos aqueles que se caracterizam como agentes do Estado (*Manual de direito administrativo*. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 470).

## Em consonância, o Superior Tribunal de Justiça consagrou:

A responsabilidade civil que se imputa ao Estado por ato danoso de seus prepostos é objetiva (art. 37, § 6º, CF), impondo-lhe o dever de indenizar se se verificar dano ao patrimônio de outrem e nexa causal entre o dano e o comportamento do preposto. Somente se afasta a responsabilidade se o evento danoso resultar de caso fortuito ou força maior ou decorrer de culpa da vítima (REsp. n. 602.102/RS, rela. Mina. Eliana Calmon, DJ 6-4-04).

Diante dessas razões fático-jurídicas a condenação imposta revelava-se de rigor, mesmo porque o Estado não conseguiu demonstrar nenhuma causa elisiva da conduta imputada.

No que concerne à denúncia da lide, decidiu com pertinência o Magistrado, do que se extrai à guisa de reforço a sua conclusão:

Deflui dos autos a ausência de prova no sentido de que fora o servidor José Moacir Ribeiro o responsável pelo recebimento ilícito do valor depositado em Juízo, tampouco de que tenha sido o mesmo que falsificou a assinatura do requerente no recibo acostado à fls. 64, tampouco de que tenha sido efetivamente José Moacir Ribeiro quem elaborou o mencionado recibo, pois a despeito de constar o seu nome, não está assinado pelo mesmo, podendo, destarte, ter sido elaborado por qualquer outro funcionário!

Tanto o primeiro laudo (doc. de fls. 65-80), quanto o segundo (encartado à fls. 270-303), apresentam conclusão, tão-somente no sentido de afirmar não ser a assinatura do requerente que consta no recibo de fls. 64 e 234; ambos os laudos, foram taxativos em dizer que a assinatura ali aposta não é autêntica. De outra banda, os respectivos laudos não identificam ou apontam, que teria sido o servidor José Moacir Ribeiro quem “falsificou” a assinatura do autor no recibo de fl. 64.

Poderia se perquirir acerca das grafias constantes da data de emissão do recibo e nos demais carimbos inseridos à fl. 64, presumivelmente do escrivão, todavia, o perito judicial não as identificou conforme se infere do item 7.4 e subitens (fls. 334-335).

Posta a questão nesses termos, cumpre assentar que:

Os valores deverão ser corrigidos monetariamente pelo INPC e acrescidos de juros de 0,5% (meio por cento) a contar da data do evento até a entrada em vigor da Lei n. 10.406/2003 – Código Civil –, quando então deverá, nos termos de seu art. 406, incidir a Taxa Selic, que compreende tanto os juros como o fator de correção monetária (TJSC, Ap. Cív. n. 2003.020097-5, de Brusque, rel. Des. Luiz César Medeiros).

Quanto aos honorários advocatícios, efetivamente, devem ser fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, conforme posicionamento desta Corte (Ap. Cív. n. 2002.002158-0, de Blumenau, rel. Des. Luiz César Medeiros), assim como os honorários do Curador Especial em 10 (dez) URHs. Por fim, isenta-se o Estado do pagamento das custas processuais, consoante dispõe o art. 35, *i* da LC n. 156/97, com redação dada pela LC n. 161/97.

Ante o exposto, vota-se pelo não-conhecimento do agravo retido e, em sede de remessa necessária, pela confirmação da r. sentença, que deverá ser complementada tão-somente para fixar, à atualização das parcelas vencidas, o INPC e juros moratórios em 0,5% (meio por cento) ao mês, até a entrada em vigor da Lei n. 10.406/03, quando, então, deverá incidir a Taxa Selic, que compreende tanto os juros, como o fator de correção.

#### DECISÃO

Nos termos do voto da Relatora, a Terceira Câmara de Direito Público, por unanimidade, decidiu não conhecer do agravo retido e, em sede de remessa necessária, confirmar a r. sentença, com a complementação relativa aos acessórios especificados (juros e correção monetária).

O julgamento, realizado em 28 de agosto de 2007, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Luiz César Medeiros, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Rui Fortes.

Florianópolis, 23 de janeiro de 2008.

Sônia Maria Schmitz  
RELATORA

## QUARTA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

### AGRAVO DE INSTRUMENTO

#### **Agravo de Instrumento n. 2007.045964-4, de Braço do Norte**

Relator designado: Des. Anselmo Cerello

AGRAVO DE INSTRUMENTO — FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTO — LIMINAR — DEFERIMENTO — REQUISITOS CABALMENTE DEMONSTRADOS — PROVA INEQUÍVOCA E PERIGO DA DEMORA — DIREITO À VIDA — BEM MAIOR — MUNICÍPIO — NEGATIVA NO FORNECIMENTO SOB ALEGAÇÃO DE QUE A MEDICAÇÃO NÃO INTEGRA A “FARMÁCIA BÁSICA” — IRRELEVÂNCIA — RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES DA FEDERAÇÃO — DESPROVIMENTO DO RECURSO — MAIORIA DE VOTOS.

A proteção integral à saúde é de competência comum entre os entes da federação, de modo que há obrigação mútua na concessão gratuita de medicamentos, considerando-se o Município parte legítima para responder pela presente demanda.

“Eventual ausência do cumprimento de formalidade burocrática não pode obstaculizar o fornecimento de medicação indispensável à cura e/ou a minorar o sofrimento de portadores de moléstia grave, que, além disso, não dispõem dos meios necessários ao custeio do tratamento. Entendimento consagrado nesta Corte na esteira de orientação do Egrégio STF. Recurso ordinário conhecido e provido” (ROMS n. 11.129/PR, relator



Min. Francisco Peçanha Martins, 2ª Turma, DJ 18-2-2002, p. 00279).

“[...] O direito à saúde — além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas — representa conseqüência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE. O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política — que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro — não pode converter-se em promessa constitucional inconstitucional, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado [...]” (Ministro Luiz Fux, nos autos do REsp. n. 684.646/RS, 2004/0118791-4, j. em 5-5-2005, DJ 30-5-2005, p. 247).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2007.045964-4, da comarca de Braço do Norte (1ª Vara), em que é agravante o município de Braço do Norte, e agravado Octávio Luiz João Guizoni:

ACORDAM, em Quarta Câmara de Direito Público, por maioria de votos, desprover o recurso. Custas legais.

## RELATÓRIO

Cuidam os autos de agravo de instrumento interposto pelo município de Braço de Norte contra decisão do Juiz de Direito da 1ª Vara da comarca de Braço do Norte que, nos autos da ação ordinária de obrigação de fazer cumulada com pedido liminar ajuizada por Octávio Luiz João Guizoni contra o ora agravante e o Estado de Santa Catarina, deferiu o pedido liminar determinando que ambos os requeridos forneçam gratuitamente, no prazo de 5 (cinco) dias, os medicamentos indicados na exordial, sob pena de multa diária no valor de R\$ 500,00, nos termos do art. 461, § 4º, do CPC, para o caso de descumprimento.

Aduz o agravante que os medicamentos pleiteados não estariam contemplados no rol daqueles que compõem a “Farmácia Básica”, de acordo com as diretrizes fixadas pelo Ministério da Saúde, o que impediria o Município de fornecê-los, já que seriam da competência dos Estados e da União.

Salienta, ainda, que, segundo a Lei n. 8.666/93, toda aquisição de bens, inclusive medicamentos, deve ser precedida do respectivo processo licitatório, com recursos orçamentários prédefinidos, sob pena de nulidade.

Ademais, alega que inexistente prova nos autos da urgente necessidade ao tratamento, porquanto a doença do agravado não é considerada de risco.

Destarte, postula a concessão do efeito suspensivo e, ao final, o provimento do recurso.

O pedido de efeito suspensivo foi concedido às fls. 48-52.

O agravado, embora regularmente intimado, não ofertou contra-minuta (certidão de fl. 57).

A ilustrada Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pelo desprovimento do recurso.

## VOTO

O recurso não prospera.

Sofreu o paciente, ora agravado, com 77 anos de idade, um derrame cerebral que lhe acarretou várias seqüelas, de modo que foi obrigado a fazer uso contínuo de diversos medicamentos, conforme receituário de fl. 25.

A Magistrada singular deferiu medida cautelar em caráter incidental, por estarem configurados os requisitos da plausibilidade do direito pleiteado e a urgência da medida.

E agiu com acerto a Togada.

É sabido que a saúde da população é dever do Estado e garantia do cidadão, e deve aquele proporcionar o suficiente para o bem-estar desse, utilizando-se como fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana, pelo qual o cidadão não poderá sofrer nenhum ato que atente contra a sua saúde.

O art. 23, II, da CF estabelece que é “competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios [...] cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência”; e está disposto incisivamente no art. 196 do mesmo diploma, reproduzido pela Carta Magna Estadual em seu art. 153, que:

A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

A Lei n. 8.080/90, que trata do Sistema Único de Saúde, prevê a obrigação solidária de todos os entes da federação (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) de proporcionar saúde aos enfermos, fornecendo-lhes o medicamento e tratamento de que necessitam.

Com efeito, não se pode afastar do Município a responsabilidade pela saúde dos cidadãos ao argumento de estar ela também sob a tutela da União e dos Estados. Todos os entes da federação, nos termos do art. 23, II, da CF/88, têm o dever de assegurar o efetivo atendimento à saúde pública.

Nesse sentido é a lição de Alexandre de Moraes:

A competência administrativa para cuidar da saúde pública é concorrente entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios, cabendo-lhes o dever de atuação em uma das áreas mais sensíveis do Estado Moderno. Assim, administrativamente, todos os entes federativos possuem competência para assegurar a efetividade e plenitude da saúde pública [...] (*Constituição do Brasil interpretada*. 2. ed. São Paulo : Atlas. p. 1.932).

O Superior Tribunal de Justiça não diverge desse entendimento:

É da competência solidária entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios a responsabilidade pela prestação do serviço de saúde à população, sendo o Sistema Único de Saúde composto pelos referidos entes, conforme pode se depreender do disposto nos arts. 196 e 198, § 1º, da Constituição Federal (REsp. n. 656.296/RS, rel. Min. Francisco Falcão).

Também:

O funcionamento do Sistema Único de Saúde – SUS é de responsabilidade solidária da União, Estados-membros e Municípios, de modo que qualquer dessas entidades têm legitimidade *ad causam* para figurar no pólo passivo de demanda que objetiva a garantia do acesso à medicação para pessoas desprovidas de recursos financeiros (REsp. n. 771.537/RJ, rela. Mina. Eliana Calmon).

Ainda:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. [...] MEDICAMENTO OU CONGÊNERE. PESSOA DESPROVIDA DE RECURSOS FINANCEIROS. FORNECIMENTO GRATUITO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DA UNIÃO, ESTADOS-MEMBROS, DISTRITO FEDERAL E MUNICÍPIOS. [...] 5. A Lei 8.080/90, com fundamento na Constituição da República, classifica a saúde como um direito de todos e dever do Estado. 6. É

obrigação do Estado (União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios) assegurar às pessoas desprovidas de recursos financeiros o acesso à medicação ou congêneres necessários à cura, controle ou abrandamento de suas enfermidades, sobretudo as mais graves. 7. Sendo o SUS composto pela União, Estados-membros e Municípios, é de reconhecer-se, em função da solidariedade, a legitimidade passiva de quaisquer deles no pólo passivo da demanda. 8. Recurso especial conhecido em parte e improvido” (STJ, REsp. n. 719.716/SC, rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, j. 7-6-2005, publ. 5-9-2005).

Dessa forma, conclui-se que a proteção integral à saúde é de competência comum entre os entes da federação, de modo que há obrigação mútua na concessão gratuita de medicamentos, considerando-se o Município parte legítima para responder pela presente demanda. O sistema de saúde é único e, por conseqüência, *solidário*, o que faz com que respondam por ele os três níveis da administração. Trata-se apenas de estrutura paralela, de forma alguma excludente das demais. O Estado é órgão gestor regional e o Município gestor local do SUS.

Do mesmo modo, não merece guarida a alegação do agravante de que os medicamentos prescritos não compõem a “Farmácia Básica” e que por isso não podem ser disponibilizados.

Ora, conforme já deixou consignado o Exmo. Sr. Des. Francisco Oliveira Filho, nos autos do Mandado de Segurança n. 2005.004322-5, da Capital, *“não é razoável que se postergue o acesso à saúde e conseqüentemente a manutenção da vida pelo simples fato de não haver a padronização de tal medicamento, relegando um direito fundamental a uma atividade burocrática”* (grifei).

Em idêntico sentido:

O medicamento, ainda que não padronizado, deve ser fornecido gratuitamente pelo Estado se comprovada a necessidade do paciente (Ap. Cív. n. 2003.028469-9, da Capital, rel. Des. Luiz César Medeiros).

O STJ já consagrou:

CONSTITUCIONAL. RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. FORNECIMENTO DE MEDICAÇÃO (INTERFERON BÉTA). PORTADORES DE ESCLEROSE MÚLTIPLA. DEVER DO ESTADO. DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA E À SAÚDE (CF, ARTS. 6º E 189). PRECEDENTES DO STJ E STF.

1. É dever do Estado assegurar a todos os cidadãos o direito fundamental à saúde constitucionalmente previsto.

2. Eventual ausência do cumprimento de formalidade burocrática não pode obstaculizar o fornecimento de medicação indispensável à cura e/ou a minorar o sofrimento de portadores de moléstia grave, que, além disso, não dispõem dos meios necessários ao custeio do tratamento.

3. Entendimento consagrado nesta Corte na esteira de orientação do Egrégio STF.

4. Recurso ordinário conhecido e provido (ROMS n. 11.129/PR, relator Min. Francisco Peçanha Martins, 2ª Turma, DJ 18-2-2002, p. 00279).

Ainda:

RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS. SUS. LEI N. 8.080/90.

O v. acórdão proferido pelo egrégio Tribunal *a quo* decidiu a questão no âmbito infraconstitucional, notadamente à luz da Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990.

O Sistema Único de Saúde pressupõe a integralidade da assistência, de forma individual ou coletiva, para atender cada caso em todos os níveis de complexidade, razão pela qual, comprovada a necessidade do medicamento para a garantia da vida da paciente, deverá ser ele fornecido. Recurso especial provido. Decisão unânime (REsp. n. 212.346/RJ, relator Min. Franciulli Netto, 2ª Turma, DJ 4-2-2002, p. 00321).

Assim, analisando os elementos apresentados nos autos, entendo que a decisão proferida em primeiro grau há de ser mantida, já que a saúde é direito público subjetivo fundamental.

Por derradeiro, oportuna a lição do Ministro Luiz Fux, nos autos do REsp. n. 684.646/RS, 2004/0118791-4, j. em 5-5-2005, DJ 30-5-2005, p. 247:

O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular — e implementar — políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. O direito à saúde — além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas — representa conseqüência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE. O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política — que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro — não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.

Assim, por tais razões, voto pela confirmação da decisão *a quo*, desprovido-se o recurso.

## DECISÃO

Ante o exposto, decide a Câmara, por maioria de votos, negar provimento ao recurso.

Participaram do julgamento, realizado no dia 17 de janeiro de 2008, o Exmo. Sr. Des. Jaime Ramos e, com voto vencido, o Exmo Sr. Des. Subst. Jânio Machado.

Florianópolis, 31 de janeiro de 2008.

Anselmo Cerello

PRESIDENTE E RELATOR DESIGNADO

*Declaração de voto vencido do Exmo Sr. Des. Subst. Jânio Machado*

*Ementa aditiva*

AGRAVO DE INSTRUMENTO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. OBRIGAÇÃO IMPOSTA AO MUNICÍPIO. TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL. INDEVIDA E DESPROPOSITADA INGERÊNCIA DO JUDICIÁRIO NAS ATIVIDADES CONSTITUCIONALMENTE RESERVADAS AO PODER EXECUTIVO. REIVINDICAÇÃO INDIVIDUAL QUE NÃO PODE SOBREPOR-SE AO INTERESSE DA COLETIVIDADE. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS INDICATIVOS DE QUE OS MEDICAMENTOS FORNECIDOS PELA “FARMÁCIA BÁSICA” NÃO PERMITEM O MESMO RESULTADO. DECISÃO REFORMADA.

Não obstante a magnitude do direito à saúde, inviável apresenta-se a imposição, ao município, de atendimento a reivindicações individuais, sobrepondo-se interesses destes ao da coletividade.



Ademais, a antecipação da tutela, porque medida excepcional, reclama o preenchimento de requisitos estabelecidos na lei processual civil; dentre eles avulta de interesse aquele relacionado à demonstração de que os medicamentos fornecidos pela “Farmácia Básica” não sejam capazes de produzir os mesmos efeitos.

Ousei divergir da douta maioria pelos fundamentos adiante alinhavados.

O agravante insurge-se contra a decisão interlocutória sob o fundamento de que o medicamento reclamado não estaria no rol daqueles que contemplam a “Farmácia Básica” de competência dos municípios. Ademais, argumentou a ausência de prova de que o medicamento é de uso contínuo e indispensável ao tratamento da doença.

Por outro lado, o agravado disse ser portador de IUP — CID G45-8 (outros acidentes isquêmicos cerebrais transitórios e síndromes correlatas) e DPOC — CID J44-9 (doença pulmonar obstrutiva crônica não especificada) e não possuir condições financeiras de adquirir os seguintes medicamentos: “BAMIFIX 600MG 20 DRG. (Quantidade mensal 2), HYDERGINE 4,5MG 14 CPR. (Quantidade mensal 3) e CLORTICLOPID 250MG 30 CPR. (Quantidade mensal 2)”, todos de uso contínuo e indispensáveis para o tratamento a que está submetido.

Sabe-se que a saúde é direito de todos e dever do Estado, conforme preconizado na Constituição Federal:

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.

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

[...]

II — atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;

[...]

§ 1º O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes.

A Lei n. 8.080, de 19-9-1990, ao regular o Sistema Único de Saúde – SUS e dispor sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, estabelece no artigo 6º que “estão incluídas ainda no campo de atuação do Sistema Único de Saúde (SUS): I — a execução de ações: [...] d) de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica”.

O exame mais atento demonstra, também, que para o processo não veio a prova de que o medicamento receitado seja o único disponível para o tratamento. Por conseqüência, não há exigir-se do Município o fornecimento de medicamento que extrapola aqueles fornecidos pela “Farmácia Básica”, conforme Portaria n. 1.105, de 6-7-2005, do Ministério da Saúde.

Não custa enfatizar que, embora o direito à saúde esteja assegurado na Constituição Federal e nas leis infraconstitucionais, a ingerência do Judiciário nas atividades administrativas daquele outro Poder, que, por definição própria, está incumbido das atividades administrativas, o que faz sob o escudo de legitimidade advinda das urnas, constitui uma situação excepcional e não pode ser banalizada por intermédio de concessão de liminares em procedimentos que tutelam direitos nitidamente individuais.

O tema em debate não tem sido ignorado no Supremo Tribunal Federal, e pode ser aqui referida, em socorro ao voto vencido, decisão proferida pela ministra Ellen Gracie, quando presidia aquela Corte:

Inicialmente, reconheço que a controvérsia instaurada no mandado de segurança em apreço evidencia a existência de matéria constitucional: alegação de ofensa aos arts. 6º e 196 da Constituição da República e aos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade. Dessa forma, cumpre ter presente que a Presidência do Supremo Tribunal Federal dispõe de competência para examinar questão cujo fundamento jurídico é de natureza constitucional (art. 297 do RISTF, c/c art. 25 da Lei n. 8.038/90), conforme firme jurisprudência desta Corte, destacando-se os seguintes julgados: Rcl n. 475/DF, rel. Ministro Octavio Gallotti, Plenário, DJ 22-4-1994; Rcl n. 497-AgR/RS, rel. Ministro Carlos Velloso, Plenário, DJ 6-4-2001; SS n. 2.187-AgR/SC, rel. Ministro Maurício Corrêa, DJ 21-10-2003; e SS n. 2.465/SC, rel. Min. Nelson Jobim, DJ 20.10.2004. 5. A Lei n. 4.348/64, em seu art. 4º, autoriza o deferimento do pedido de suspensão de segurança para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas. Verifico estar devidamente configurada a lesão à ordem pública, considerada em termos de ordem administrativa, porquanto a execução de decisões como a ora impugnada afeta o já abalado sistema público de saúde. Com efeito, a gestão da política nacional de saúde, que é feita de forma regionalizada, busca uma maior racionalização entre o custo e o benefício dos tratamentos que devem ser fornecidos gratuitamente, a fim de atingir o maior número possível de beneficiários. Entendo que a norma do art. 196 da Constituição da República, que assegura o direito à saúde, refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo, assegurando-lhe acesso universal e igualitário, e não a situações individualizadas. A responsabilidade do Estado em fornecer os recursos necessários à reabilitação da saúde de seus cidadãos não pode vir a inviabilizar o sistema público de saúde. No presente caso, ao se deferir o custeio do medicamento em questão em prol do impetrante, está-se diminuindo a possibilidade de serem oferecidos serviços de saúde básicos ao restante da coletividade. Ademais, o medicamento solicitado pelo impetrante, além de ser de custo elevado, não consta da lista do Programa de Dispensação de Medicamentos em Caráter Excepcional do Ministério da Saúde, certo, ainda, que o mesmo se

encontra em fase de estudos e pesquisas. Constatado, também, que o Estado do Rio Grande do Norte não está se recusando a fornecer tratamento ao impetrante. É que, conforme asseverou em suas razões, “o medicamento requerido é um *plus* ao tratamento que a parte impetrante já está recebendo” (fl. 14). Finalmente, no presente caso, poderá haver o denominado “efeito multiplicador” (SS n. 1.836-AgR/RJ, rel. Min. Carlos Velloso, Plenário, unânime, DJ 11-10-2001), diante da existência de milhares de pessoas em situação potencialmente idêntica àquela do impetrante. 6. Ante o exposto, defiro o pedido para suspender a execução da liminar concedida nos autos do Mandado de Segurança nº 2006.006795-0 (fls. 31-35), em trâmite no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte. Comunique-se, com urgência. Publique-se (decisões da presidência SS 3073, do Rio Grande do Norte, relatora a Ministra Ellen Gracie, j. em 9-2-2007. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 28 jan. 2008).

Não se pode, sob pena de provocar-se prejuízos incalculáveis, nem sempre quantificáveis a toda uma coletividade, impor-se ao Município o dever de atender casos individuais quando há políticas públicas específicas. Pode-se falar, então, na incidência do princípio da reserva do possível:

A expressão *reserva do possível* procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas a serem por ele supridas. No que importa ao estudo aqui empreendido, a reserva do possível significa que, para além das discussões jurídicas sobre o que se pode exigir judicialmente do Estado – e em última análise da sociedade, já que é esta que o sustenta –, é importante lembrar que há um limite de possibilidades materiais para esses direitos. Em suma: pouco adiantará, do ponto de vista prático, a previsão normativa ou a refinada técnica hermenêutica se absolutamente não houver dinheiro para custear a despesa gerada por determinado direito subjetivo (BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 236-237).

A mesma autora, mais adiante, acrescenta:

Em resumo: as prestações que fazem parte do mínimo existencial – sem o qual restará violado o núcleo da dignidade da pessoa humana, compromisso fundamental do Estado brasileiro – são oponíveis e exigíveis dos poderes públicos constituídos [...]. É claro que a definição de quais prestações de saúde compõem esse *mínimo* envolve uma escolha trágica, pois poderá significar que, em determinadas situações, o indivíduo não poderá exigir *judicialmente* do Estado prestações possivelmente indispensáveis para o restabelecimento ou a manutenção de sua saúde, caso elas não estejam disponíveis na rede pública de saúde (op. cit., p. 273-277).

No instante em que o juiz, movido por critérios próprios e desguarnecido da realidade que cerca os compromissos da administração municipal — compromissos esses que foram assumidos com aqueles que elegeram o administrador público para um período certo e delimitado —, impõe desvios de rotas, está, de forma irremediável, afrontando princípio fundamental contido na Carta Maior, qual seja aquele contido em seu art. 5º, que trata da independência e da harmonia dos poderes da República.

Nem se pode ignorar, se o que se quer é tratar do tema à luz dos requisitos da antecipação da tutela, os requisitos expressamente referidos no art. 273 do Código de Processo Civil.

Cuida-se de medida que se reveste de caráter excepcional, que exige prudência em sua análise, atendendo ao comando inserto no artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal, que trata do devido processo legal, imperativo da ordem jurídica legal e democrática.

Ao lado da prova inequívoca 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”, de acordo com os incisos I e II do artigo 273 do Código de Processo Civil.

A afirmação solitária de que o medicamento indicado é o único e imprescindível à boa saúde do autor não se sustenta. Ao menos deveria a inicial fazer-se acompanhar de elemento probatório indicativo de que os medicamentos fornecidos pelo agravante em programas de atendimento ao público em geral não supririam as suas necessidades.

Assim, não obstante a magnitude do direito alegado, não há, neste momento, prova inequívoca e fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação para justificar a concessão da antecipação da tutela.

Florianópolis, 27 de fevereiro de 2008.

Jânio Machado

## APELAÇÃO CÍVEL

### Apelação Cível n. 2006.022320-4, de Joaçaba

Relator: Des. Anselmo Cerello

APELAÇÃO CÍVEL — AÇÃO CIVIL PÚBLICA — RESPONSABILIZAÇÃO POR LESÃO AO ERÁRIO EM VIRTUDE DE DESVIO DE MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO — RÉU FALECIDO — EX-PREFEITO — PREJUÍZO À MUNICIPALIDADE — NÃO-CONFIGURAÇÃO — CULPA DO AGENTE — INSUFICIÊNCIA DE PROVAS — IMPROCEDÊNCIA DA DEMANDA — SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA — OCORRÊNCIA DE PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA — EFEITOS NÃO REPRODUZIDOS NA ESFERA CIVIL — INDEPENDÊNCIA DOS JUÍZOS CÍVEL E CRIMINAL — MANUTENÇÃO DA SENTENÇA — RECURSO DESPROVIDO.

Sem prova efetiva de prejuízo ao erário, não se caracteriza a improbidade administrativa, mesmo que tenha havido desvio de destinação de materiais utilizados em obras públicas, se a perícia judicial levada a efeito demonstra que tal desvio não causou prejuízo ao município em face da utilização desses materiais em outros serviços públicos, mais eficientes, a critério do alcaide para a comunidade.

A lei vigente ao tempo da prática do ato administrativo imputado deve reger as suas conseqüências.

Não obstante ter sido reconhecida na órbita criminal a responsabilidade do agente administrativo fundada na sua impropriedade, ela não interfere, necessariamente, no juízo cível, principalmente se em instância superior foi reconhecida a prescrição do delito, não chegando o *decisum* a contar com força vinculante, em face do seu não-trânsito em julgado pelo mérito e conseqüente extinção de punibilidade.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2006.022320-4, da comarca de Joaçaba (2ª Vara Cível), em que é apelante o representante do Ministério Público, e apelado o espólio de Pedro Dotta:

ACORDAM, em Quarta Câmara de Direito Público, por unanimidade, negar provimento ao recurso. Custas legais.

### RELATÓRIO

O representante do Ministério Público de Santa Catarina, perante a 2ª Vara Cível da comarca de Joaçaba, ajuizou ação civil pública (Autos n. 037.92.000369-5) por ato de improbidade administrativa contra Pedro Dotta, devidamente qualificado nos autos.

Inicialmente, alegou, com supedâneo no dispositivo constitucional adequado, a sua legitimidade para a propositura da presente ação.

Quanto aos fatos, afirmou que o réu cumpriu mandato de prefeito no município de Ibicaré entre os anos de 1983 e 1988.

Sustentou que aquele, quando assumiu o cargo de prefeito, valeu-se de recursos oriundos de programas especiais, auxílios federais e estaduais para a compra de materiais de construção que foram utilizados em proveito próprio e de terceiros.

Alegou que, em virtude dos desvios realizados pelo réu, as obras municipais, que deveriam ter sido concluídas, não foram finalizadas. Dentre as obras em que supostamente houve desvio de materiais, destacou: muro de proteção ciclope e taipão de pedra para a proteção de uma ponte, obra de contenção de cheias, passarela sobre o Rio São Bento, construção de pátios cobertos e depósitos em escolas municipais, etc.

Aduziu que o requerido também respondeu à ação penal, arquivada por decisão unânime da Segunda Câmara de Direito Criminal desta Corte



em face da prescrição da pretensão punitiva do Estado (Processo-Crime n. 1988.061121-2, decisão acostada às fls. 901-902).

Ao final, requereu a procedência dos pedidos para que o réu fosse condenado a restituir aos cofres públicos o valor correspondente aos materiais utilizados para benefício alheio ao interesse público. Ademais, postulou a produção de provas, em especial a testemunhal, pericial e documental.

Citado, o requerido apresentou resposta na forma de contestação (fls. 771-797).

Em síntese, o réu sustentou que os materiais adquiridos foram usados na construção de obras emergenciais, em virtude da situação de calamidade pública instalada no Município à época dos fatos. Asseverou que a perda dos materiais referidos na exordial resultou das forças naturais que assolaram Ibicaré no tempo de seu mandato, bem como da ação do tempo. No mais, refutou as teses da peça inaugural, negando os fatos nela relatados.

O laudo pericial foi acostado às fls. 1.034-1.080.

Realizada a audiência de instrução e julgamento (fl. 1.120), foram ouvidas quatro testemunhas de cada parte após a tentativa inexitosa de conciliação.

Sentenciando (fls. 1.147-1.156), o MM. Juiz *a quo* julgou improcedentes os pedidos formulados pelo Ministério Público.

Aduziu que não ficaram demonstrados os supostos danos ou prejuízos causados ao município de Ibicaré e, nem mesmo, que a aquisição dos referidos materiais foi realizada com o escopo de efetivar interesse próprio ou alheio. Asseverou, também, que não foi comprovada a má-fé do réu na utilização de materiais disponíveis em benefício de outras obras.

Sem ônus sucumbenciais, o Magistrado remeteu de ofício a apreciação da matéria a este egrégio Tribunal.

Irresignado com a prestação jurisdicional ofertada, o representante do Ministério Público interpôs apelação cível (fls. 1.160-1.166), em que reiterou os argumentos expendidos ao longo do processo. Postulou, por fim, o provimento do recurso e a conseqüente reforma *in totum* da r. sentença.

Comunicado ao juízo (fl. 1.170) o falecimento do apelado, por não ser a ação de cunho personalíssimo, pois se trata de ressarcimento ao erário, foi habilitado no pólo passivo da demanda o “Espólio de Pedro Dotta”.

O recorrido apresentou contra-razões às fls. 1.188-1.201.

Em parecer de fls. 1.209-1.212, o douto Procurador de Justiça opinou pelo conhecimento e provimento do recurso de apelação.

Após as formalidades de estilo, os autos alçaram a esta Corte.

#### VOTO

Trata-se de apelação cível interposta pelo representante do Ministério Público contra sentença que julgou improcedente a Ação Civil Pública n. 037.92.000369-5 que move contra o espólio de Pedro Dotta.

O Ministério Público de Santa Catarina postula, por ora, a reforma *in totum* da r. sentença, argumentando:

A) que ficou devidamente comprovado o prejuízo causado ao município de Ibicaré, em razão de que o recorrido deixou de empregar materiais adquiridos e destinados à construção de obras específicas;

B) que foi comprovada a culpa ou má-fé do apelado;

C) que o apelado procrastinou a tramitação do processo para que fossem concluídas as obras necessárias e para que, pelo lapso temporal decorrido, resultasse afetada a memória dos fatos;

D) que a prova oral produzida na fase instrutória encontra-se abalada por circunstâncias políticas;

E) que o julgamento da presente ação civil pública deve ser condizente com aquele proferido nos autos do processo-crime, no qual o apelado foi condenado e, posteriormente, absolvido em virtude da prescrição da pretensão punitiva do Estado.

Dessa forma, passa-se à análise dos argumentos levantados pelo apelante.

Acerca de possível prejuízo causado ao município de Ibicaré, não merece reforma a r. sentença.

Destaca-se que não houve nenhum prejuízo ao Município, uma vez que, embora destinados a obras específicas, certos materiais, como comprovado nos autos (perícia e depoimento testemunhal, como veremos a seguir), foram utilizados em outras edificações de interesse público e não particular do ex-mandatário.

Não obstante, ressalta-se que a obrigação de indenizar não se origina com a efetivação do prejuízo, mas, sim, com a configuração incontroversa da culpa do réu.

Assim salienta Hely Lopes Meirelles:

[...] como agente político, o chefe do Executivo local só responde civilmente por seus atos funcionais se os praticar com dolo, culpa manifesta, abuso ou desvio de poder. O só fato de o ato ser lesivo não lhe acarreta a obrigação de indenizar. Necessário se torna, ainda, que, além de lesivo e contrário a direito, resulte de conduta abusiva do prefeito no desempenho do cargo ou a pretexto de seu exercício (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito municipal brasileiro*. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 683).

Este é o entedimento firmado neste Tribunal:

[...] O mandatário municipal responde civilmente por atos funcionais que causem prejuízos ao erário, desde que comprovado cabalmente serem resultantes de dolo, culpa manifesta, abuso ou desvio de poder. A responsabilidade em casos tais é subjetiva (Ap. Cív. n. 1996.009631-0, de Criciúma, rel. : Des. Luiz César Medeiros. Órgão Julgador: Sexta Câmara Civil. Data da decisão: 1º-11-2001 — Data da publicação: 18-1-2002 — DJ n. 10.869).

Sendo assim, com relação à caracterização da culpa, salienta-se a insuficiência de provas de que o falecido ex-prefeito tenha utilizado materiais destinados a obras municipais em proveito próprio ou de terceiros.

Nesse sentido, assinalam os depoimentos testemunhais:

#### Primo Domingos Volpato

Depoimento: Que tem conhecimento de que de algumas obras havia sobra de material, e que esse material foi utilizado pelo prefeito da gestão seguinte e que quando Pedro deixou o cargo havia materiais em depósito, especialmente no tocante a cimento; Que não tem conhecimento de que o requerido tivesse se apropriado de material pertencente à Prefeitura ou mesmo tivesse entregue em benefício de terceiro [...] (fl. 1.125)

#### Sebastião Martins de Oliveira

Depoimento: [...] Que não tem conhecimento de que o requerido tivesse se apropriado de materiais pertencentes ao Município ou mesmo que tivesse permitido, que outra pessoa deles se apropriasse; [...] Que o depoente disse que não concorda com os termos da inicial porque no seu modo de ver ali afirma que o Prefeito não fez nada, o que não é verdade, pois o Prefeito Pedro disse ao depoente que quando sobrava material de uma obra colocava em outra; Que Pedro disse que tirava material de uma obra para colocar em outra.

[...]

Que o Prefeito entendia que uma obra era mais importante e urgente que a outra e por essa razão utilizava o material de uma para realizar a outra (fl. 1.127).

#### Osvino Piacentini

Depoimento: [...] Que, pelo que sabe o requerido não se apropriou de materiais e nem permitiu que outros assim o fizessem; Que por vezes faltava material em uma obra e por isso apanhavam em outra [...] (fl. 1.129).

Corroborando o depoimento das testemunhas, a prova pericial é taxativa em afirmar que parte dos materiais adquiridos foi aproveitada em outras edificações públicas, o que descarta, parcialmente, a alegação de que o apelado tenha-se apropriado indevidamente dos produtos. Vejamos:

[...] foram constatadas, através de minucioso rastreamento (exame e análise) de toda a vasta documentação contábil do período de abrangência do processo (1983/1988), com evidências concretas de que houve remanejamento de partes de materiais que foram adquiridos para uma determinada obra conforme respectivos empenhos e que foram, na realidade, aplicados em outras (fl. 1.066).

Assim, o alegado “desvio de materiais” é fruto da utilização em outras obras de interesse público, valendo ressaltar que materiais como cimento, areia, pregos etc. tendem a ser deteriorados pela ação do tempo. Isso ficou comprovado pela perícia técnica judicial, que assentou:

7 — Se o fator tempo, em obras a céu aberto, influencia na perda de materiais? Quanto? Como?

Resposta: Sim, o fator tempo, (precipitação pluviométrica) em obras a céu aberto, influencia na perda de materiais.

Quanto? Impossível determinar um porcentual único porque seria diferente para cada obra em função de suas particularidades.

Como? Vamos elencar apenas algumas possibilidades, porém não consideramos o assunto esgotado.

— Se as estocagens de material estiverem situadas em cotas mais baixas, a água proveniente de chuvas fortes pode carrear o material, principalmente a areia.

— O cimento reage com água, portanto se este insumo ficar exposto à umidade, o mesmo não poderá mais ser utilizado.

— Se a obra estiver sendo executada ao longo de um rio, uma enchente poderá consumir o material no seu todo ou em parte.

Diante disso, inexistente, nos autos, prova incontroversa de que o ex-alcaide tenha praticado atos de improbidade administrativa, razão pela qual improcede a demanda.

Acerca do assunto, já foi decidido:

ACÇÃO CIVIL PÚBLICA — EX-PREFEITO MUNICIPAL — IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NÃO CONFIGURADA — AUSÊNCIA DE PROVAS — IMPROVIMENTO DO RECURSO — SENTENÇA MANTIDA (TJPR. Órgão Julgador: 4ª Câmara Cível. Acórdão Comarca: Goioerê. Processo: 0135520-8. Recurso: Apelação Cível e Reexame Necessário. Relator: Vicente Del Prete Misurelli. Julgamento: 15-10-2003. Decisão: Unânime. Dados da Publicação: 6.489).

APELAÇÃO CÍVEL. ACÇÃO DE IMPROBIDADE. PAGAMENTO DE MATERIAIS SEM A CORRESPONDENTE ENTREGA. ATO DE IMPROBIDADE. AUSÊNCIA DE PROVA. IMPROCEDÊNCIA DA DEMANDA. (TJRS. Ap. Cív. n. 70020945291. Julgamento: 12-9-2007. Publicação: Diário da Justiça do dia 15-10-2007).

APELAÇÃO CÍVEL. ACÇÃO DE IMPROBIDADE. PREFEITO MUNICIPAL E VICE-PREFEITO EM EXERCÍCIO. IRREGULARIDADES NA CONTRATAÇÃO DE BENS E SERVIÇOS. INEXISTÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO E DO PROVEITO PATRIMONIAL OBTIDO PELO AGENTE. ATO DE IMPROBIDADE. AUSÊNCIA DE PROVA. IMPROCEDÊNCIA DA DEMANDA [...] Apelação do Ministério Público desprovida. (TJRS. Ap. Cív. n. 70019639640, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, rel. Marco Aurélio Heinz, julgado em 29-8-2007);

APELAÇÃO CÍVEL. ACÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. IRREGULARIDADES NA EXECUÇÃO DE OBRA DE ENGENHARIA. INEXISTÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO. AUSÊNCIA DE DESCRIÇÃO DO DANO CAUSADO E DO PROVEITO PATRIMONIAL OBTIDO PELO AGENTE. ATO DE IMPROBIDADE. AUSÊNCIA DE PROVA. IMPROCE-

DÊNCIA DA DEMANDA. Conforme a prova recolhida na instrução, não houve a ocorrência de superfaturamento na execução de obra de engenharia (construção de tablado em Parque de Rodeio), nem comprovação de dano ao erário. Além disto, da narrativa dos fatos não se extrai qualquer responsabilidade do ex-prefeito, seja pela iniciativa da realização da obra, seja pelo seu recebimento. [...] Apelação desprovida (TJRS. Ap. Cív. n. 70018960062, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, rel. Marco Aurélio Heinz, julgado em 16-5-2007).

Logo, não há falar em culpa, requisito essencial à responsabilização por lesão ao erário.

No que tange ao argumento de que o falecido procrastinou o andamento do processo, não assiste razão ao recorrente.

Como é sabido, o ônus da prova é de quem alega; assim, cabia ao Ministério Público provar a má-fé do ex-alcaide com relação ao ato de delongar o prosseguimento do feito, nos termos do art. 333, I, do Código de Processo Civil, *verbis*:

Art. 333. O ônus da prova incumbe:

I — ao autor, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor;

[...]

Neste cerne, orienta Moacyr Amaral Santos:

O autor, na inicial, alega o fato, ou fatos, em que se fundamenta o pedido [...]. Tais fatos, se possíveis e juridicamente relevantes, serão levados em conta pelo juiz ao proferir a sentença, uma vez convencido quanto à veracidade dos mesmos. Mas como a simples alegação não é suficiente para formar a convicção do juiz (*allegatio et non probatio quasi non allegatio*), surge a imprescindibilidade da prova da existência do fato (*Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1977. v. IV. p. 29).

Isso também ocorre com a alegação de que a prova testemunhal encontra-se abalada por circunstâncias políticas. Neste caso, não bastam

meras alegações, pois não se trata das hipóteses previstas no art. 334 do CPC, mas, sim, de argumento que vai de encontro com a defesa do ex-Prefeito.

Nesse sentido, dispõe o insigne Prof. Humberto Theodoro Júnior:

No processo civil, onde quase sempre predomina o princípio dispositivo, que entrega a sorte da causa à diligência ou interesse da parte, assume especial relevância a questão pertinente ao ônus da prova.

Esse ônus consiste na conduta processual exigida da parte para que a verdade dos fatos por ela arrolados seja admitida pelo juiz.

Não há um dever de provar, nem à parte contrária assiste o direito de exigir a prova do adversário. Há um simples ônus, de modo que o litigante assume o risco de perder a causa se não provar os fatos alegados dos quais depende a existência do direito subjetivo que pretende resguardar através da tutela jurisdicional. Isto porque, segundo a máxima antiga fato alegado e não provado é o mesmo que fato inexistente (*Curso de direito processual civil* — Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 46. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 1. p. 472).

Ainda vale ressaltar que, na inexistência de prova incontroversa, presumem-se verdadeiros os depoimentos testemunhais, visto que foram prestados sob juramento perante a autoridade judiciária.

Desse modo, afasta-se o argumento de que as provas testemunhais encontram-se maculadas, bem como o que diz respeito à procrastinação do processo por má-fé do réu.

De outra banda, impende analisar a alegação de que a sentença civil deve ser condizente com a sentença penal condenatória.

Para esclarecer, cumpre mencionar que o falecido ex-alcaide foi condenado à pena de 4 meses de detenção, substituída por treze dias-multa em virtude da tipificação de sua conduta como crime de responsabilidade, previsto no art. 1º, III, do Decreto-Lei n. 201/67, *verbis*:



Art. 1º São crimes de responsabilidade dos Prefeitos Municipais, sujeitos ao julgamento do Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara dos Vereadores:

[...].

III — desviar, ou aplicar indevidamente, rendas ou verbas públicas;

[...].

Ocorre que o lapso temporal decorrido entre a data dos fatos e o recebimento da denúncia foi superior a dois anos, ensejando, assim, a extinção da punibilidade pela prescrição.

Com base nisso, o Ministério Público sustentou que a sentença penal condenatória deve reproduzir seus efeitos na esfera cível, embora tenha sido declarada a prescrição da pretensão punitiva do Estado, consoante as fls. 901-902.

Tal argumento não procede, já que os juízos penal e civil são independentes entre si, ressalvada a hipótese de descaracterização da autoria ou de inexistência do fato típico; nestes casos, apenas, torna-se imprescindível a reprodução dos efeitos da condenação penal na esfera cível.

Nesse sentido, é uníssona a jurisprudência do colendo Superior Tribunal de Justiça:

A sanção administrativa é aplicada para salvaguardar os interesses exclusivamente funcionais da Administração Pública, enquanto a sanção criminal destina-se à proteção da coletividade. Consoante entendimento desta Corte, a independência entre as instâncias penal, civil e administrativa, consagrada na doutrina e na jurisprudência, permite à Administração impor punição disciplinar ao servidor faltoso à revelia de anterior julgamento no âmbito criminal, ou em sede de ação civil, mesmo que a conduta imputada configure crime em tese. Ademais, a sentença penal somente produz efeitos na seara administrativa, caso o provimento reconheça a não ocorrência do fato ou a negativa da autoria (RMS 18.688/RJ. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA

n. 2004/0106448-7. Ministro GILSON DIPP. Julgamento: 7-12-2004. Publicação: DJ de 9-2-2005, p. 206).

E ainda:

Os Tribunais vêm reiteradamente afirmando que a decisão na esfera penal não vincula as esferas administrativa e cível, a menos que naquela instância tenha sido taxativamente declarado que o réu não foi o autor do crime ou que o fato não existiu. Ainda que assim não fosse, a norma do art. 67, II, do CPP deu uma interpretação mais restritiva ao dispor que a declaração de extinção da punibilidade não impede o ajuizamento da ação civil (REsp. n. 379.276/SP RECURSO ESPECIAL 2001/0147312-7. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA. Julgamento: 14-12-2006. Publicação/Fonte: DJ de 26-2-2007, p. 649).

Logo, não deve prosperar o argumento do apelante, porquanto a decisão proferida no juízo civil independe daquela prolatada no âmbito criminal, em conformidade com a jurisprudência dominante do Tribunal Superior.

## DECISÃO

Ante o exposto, desprovejo o recurso para manter incólume a r. sentença.

Participaram do julgamento, realizado no dia 31 de janeiro de 2008, os Exmos. Srs. Des. Jaime Ramos e Des. Subst. Jânio Machado.

Florianópolis, 31 de janeiro de 2008.

Anselmo Cerello  
PRESIDENTE E RELATOR

## PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL

### APELAÇÕES CRIMINAIS

#### **Apelação Criminal n. 2007.053304-3, de Abelardo Luz**

Relator: Des. Solon d'Eça Neves

APELAÇÃO CRIMINAL – CRIME CONTRA A SAÚDE PÚBLICA – TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES (ART. 33, *CAPUT*, DA LEI N. 11.343/06) – PRELIMINAR AFASTADA – AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS – AGENTE PRESA EM FLAGRANTE NA POSSE DA DROGA – PALAVRAS DOS POLICIAIS ALIADAS AOS DEMAIS ELEMENTOS PROBATORIOS QUE DÃO CERTEZA DA PRÁTICA DO DELITO – CIRCUNSTÂNCIAS DO § 2º DO ART. 28 DA NOVA LEI DE TÓXICOS DESFAVORÁVEIS – DOLO NA CONDUTA EVIDENCIADO – RESPONSABILIDADE PENAL DEVIDAMENTE AFERIDA – CONDENAÇÃO MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2007.053304-3, da comarca de Abelardo Luz (Vara Única), em que é apelante Ilda Catarina Bueno Gonçalves, e apelada a Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, negar provimento ao recurso. Custas de lei.

## RELATÓRIO

O representante do Ministério Público da comarca de Abelardo Luz ofereceu denúncia contra Ilda Catarina Bueno Gonçalves, dando-a como incurso nas sanções do art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06, descrevendo assim a conduta criminal:

Consta do incluso auto de prisão em flagrante que no dia 27 de março de 2007, por volta das 10h30min, na rodovia SC 467, mais especificamente no Posto de Fiscalização Estadual da Cidasc, policiais civis e militares laborantes nesta Cidade e Comarca (e outros oriundos da comarca de Xanxerê/SC) realizavam operação de abordagem e fiscalização de veículos, no intuito de apurar correntes denúncias do transporte de substâncias entorpecentes na citada rodovia, oportunidade em que foi abordado um ônibus da empresa Unesul, oriundo da cidade de Pato Branco/PR, e que cumpria o itinerário compreendido entre os municípios de Cascavel/PR e Porto Alegre/RS.

Após a abordagem do referido veículo, as autoridades policiais que participavam da operação revistaram o compartimento de bagagens daquele e, nada encontrando em seu interior, passaram a efetuar revista pessoal em vários passageiros do ônibus, acabando por encontrar, na posse da denunciada (por baixo de suas vestes, entre seus seios), 3 (três) pedras (grandes) de substância entorpecente vulgarmente conhecida como *crack*, envoltas em embalagem plástica (sacola de supermercado), e em sua bolsa uma passagem rodoviária adquirida no município de Pato Branco/PR e com destino final nesta cidade e comarca de Abelardo Luz, consoante se infere do termo de apreensão e fotografia de fls. 9-11 do APF, razão pela qual a denunciada foi detida e encaminhada até a Delegacia de Polícia de Abelardo Luz para a adoção das providências legais de estilo.

Questionada a denunciada acerca da procedência e do destino da substância entorpecente apreendida, a mesma asseverou que havia recebido o material estupefaciente de um casal desconhecido no Terminal Rodoviário do município de Foz do Iguaçu/PR, e que os mesmos haviam solicitado o transporte de tóxico até o município de Bom Jesus/SC, local em que a denunciada deveria se identificar para um desconhecido como sendo a mensageira de “CHIRULE”, sendo certo que este último indivíduo “misterioso”, na cidade de

Bom Jesus/SC, pagaria à denunciada a quantia de R\$ 200,00 (duzentos reais) pelo transporte de substância entorpecente.

Quanto ao material ilícito apreendido em poder da denunciada, conforme se verifica do laudo de constatação de folha 12-APF (e termo de apreensão de folhas 9-10), trata-se de 3 (três) pedras (apresentando peso aproximado de 200 gramas), de substância identificada como tóxica, vulgarmente conhecida como *crack*, sendo material entorpecente e determinante de dependência física/psíquica, cuja utilização encontra-se proibida em todo o território nacional.

Após o devido seguimento, a instrução processual chegou ao fim, e a Magistrada julgou procedente a denúncia para condenar a ré Ilda Catarina Bueno Gonçalves à pena de 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão, a ser cumprida em regime fechado, e ao pagamento de 660 (seiscentos e sessenta) dias-multa, cada qual no valor correspondente ao mínimo legal, pela prática do crime disposto no art. 33, *caput*, c/c o inc. V do art. 40 e § 4º do art. 33, todos da Lei n. 11.343/06.

Irresignada com a prestação jurisdicional entregue, a acusada Ilda Catarina Bueno Gonçalves apelou sustentando, preliminarmente, a ocorrência de nulidade absoluta na sentença ante seu estado de inimputabilidade, razão pela qual requer seja submetida a exame de sanidade mental. No mérito, afirma, em síntese, que as provas são insubsistentes e frágeis para a condenação, pois não comprovam que ela tinha conhecimento de que os pacotes apreendidos consigo fossem substância entorpecente.

Contra-arrazoado o recurso, os autos ascenderam a esta superior instância, e a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Raul Schaefer Filho, opinou pelo desprovimento do presente apelo.

## VOTO

Inicialmente, em sede de preliminar, cumpre ressaltar que, compulsando os autos, não se verifica nenhuma nulidade no processo, pelo que

é impossível agasalhar a afirmação da defesa de anulação da sentença por ser a ré inimputável, pois, como bem anotou o ilustre Parecerista,

[...] além de não ter a acusada requerido, em momento algum do processado, a ora pretendida instauração de incidente de insanidade mental, verifica-se, outrossim, que não há nada nos autos que suscite fundada dúvida sobre a integridade mental da mesma e que autorize, assim, a aplicação do disposto no art. 149, CPP.

Nesse aspecto, salienta-se que são claras e coerentes as declarações da apelante, tanto na fase policial quanto durante seu interrogatório em juízo, indicando, destarte, não estar a mesma, à época dos fatos e nem após, acometida de qualquer distúrbio mental que interferisse na sua capacidade de entendimento acerca do caráter ilícito de sua conduta ou de determinar-se de acordo com esse entendimento (art. 26, CP).

Ademais, em que pese a apresentação de parecer médico diagnosticando quadro depressivo da apelante, é entendimento encontrado na doutrina o de que “o exame não deve ser deferido apenas porque foi requerido, se não há elemento algum que revela dúvida razoável quanto à sanidade mental do acusado, não constituindo motivo suficiente a aparente insuficiência de motivo, a forma brutal do crime, atestado médico genérico, simples alegação de família, etc.” (*in* Julio Fabbrini Mirabete, Código de Processo Penal Interpretado, 11. Ed., Atlas, 2004, p. 442).

No mesmo sentido, colhe-se da jurisprudência dos Tribunais:

“Atestado médico genérico, aludindo a ‘depressão’, ‘neurose de angústias’ e ‘crises de agitação’ em termos que não induzem a crer em comprometimento da higidez mental do réu, não estabelece necessidade de instauração de incidente de insanidade mental” (JTACRESP 57/353).

E da jurisprudência dessa eg. Corte de Justiça, ainda:

“PENAL E PROCESSUAL – FURTO CONSUMADO E TENTADO – APREENSÃO DA *RES* NA POSSE DA APELANTE – PROVA SUFICIENTE – ALEGAÇÃO DE INSANIDADE MENTAL – NÃO COMPROVADA – RECURSO DESPROVIDO. A apreensão dos produtos da subtração com a ré, aliada aos depoimentos incriminadores das vítimas, firmes e coerentes, torna

certa a autoria dos furtos. Inviável o incidente de insanidade mental se, em momento algum no decorrer do processo, a acusada não apresentou indícios ou suspeitas de que não tinha capacidade de discernimento” (Ap. Crim. n. 2005.029167-5, de [...] rel. Des. Antônio Fernando do Amaral e Silva, d.d 18-10-05) (fls. 218-219).

Assim, afasta-se o pleito defensivo nesse rumo.

No mérito, melhor sorte não socorre a apelante.

Em uma análise acurada do conjunto ordenado das peças do processo, verifica-se que, diferentemente do que sustenta a defesa, existem provas suficientes de que a acusada praticou o crime disposto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06.

O tipo penal prescreve:

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena — reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

A materialidade do delito de tráfico ilícito de entorpecentes é inconteste e vem sobejamente estampada por meio do Termo de Apreensão de fl. 9, pelo Laudo de Constatação de fl. 12 e pelo Laudo Pericial de fls. 74-77. Registra-se que os laudos atestam que os 277,3g da substância apreendida trata-se da droga conhecida vulgarmente como *crack*, substância essa que pode causar dependência física e/ou psíquica, e seu uso está proibido em todo o Território Nacional.

A autoria, por sua vez, desponta evidente por intermédio de toda a prova oral coligida ao processado, mormente pelas palavras da própria ré.

Muito embora a acusada negue a prática do comércio ilícito de entorpecentes e afirme que não tinha conhecimento que os pacotes que estava transportando continham material tóxico, as provas amealhadas aos autos não deixam dúvidas de que ela tinha ciência da conduta delituosa que estava praticando.

De início, vale destacar as declarações da própria ré, a qual admitiu que estava carregando o material apreendido por debaixo de suas vestes (entre os seios); no entanto, aduziu que estava fazendo isso a pedido de um casal e que desconhecia tratar-se de substância entorpecente. Na ocasião do auto de prisão em flagrante ela disse:

[...] Que, a conduzida, na data de ontem estava no município de Foz de Iguaçu/PR, mais especificamente no Terminal Rodoviário; *Que, lá chegou um casal, que não sabe o nome e nem onde moram, e disseram para a declarante levar dois invólucros de plástico até o município de Bom Jesus*; Que, o casal disse em Bom Jesus um indivíduo, não identificado iria perguntar se a declarante era a enviada de “CHIRULE”; Que, era só a declarante entregar estes Invólucros para este indivíduo e receberia por esta entrega a quantia de R\$ 200,00 (duzentos reais); Que, a declarante comprou uma passagem de Foz do Iguaçu até Pato Branco e desta cidade até o município de Abelardo Luz; Que, neste município de Abelardo Luz a declarante iria comprar uma passagem até Bom Jesus para cumprir o acordo com o referido casal; Que, na frente do Posto de Fiscalização Estadual, na rodovia SC 467, neste Município, havia vários policiais trabalhando; Que, eles pararam o ônibus da UNESUL no qual a declarante se encontrava, oportunidade em que passaram a fazer revista pessoal em alguns passageiros e em suas bagagens; *Que, a declarante foi revista por uma Policial loira, momento em que esta policial percebeu que havia um volume entre os seios da declarante*; *Que, a declarante retirou dois invólucros que estava guardado entre os seus seios e entregou para a policial*; Que, a declarante, muito envergonhada, disse que não sabia que estava trazendo consigo substância entorpecente, vulgarmente conhecida como *crack*; Que, a declarante afirma que não é usuária de drogas e que a droga apreendida nestes autos não lhe pertencia; *Que, a declarante havia colocado esta droga*



*nos seios a pedido do casal, não identificado, que lhe entregou o produto [...] (fl. 7 – grifos meus).*

E, no interrogatório, aduziu:

*[...] que a interroganda foi para a cidade de Foz do Iguaçu fazer compras para suas filhas; que permaneceu na cidade apenas uma noite; que dormiu na casa de sua tia Iracema; que no dia seguinte foi até a rodoviária e comprou passagem até Pato Branco; que quando estava na rodoviária por volta das 11,30 horas, foi abordada por um casal; que este casal lhe pediu que levasse uns pacotes até Bom Jesus, oferecendo R\$ 200,00 em pagamento; que disseram que haveria um homem esperando pela interroganda e que este homem perguntaria por um tal de “Xiru”; que o Sr. que conversou com a interroganda se apresentou como “Xiru”; que não tem maiores informações sobre o casal; que lhe garantiram que não haveria problemas em levar a encomenda; que a mulher ajudou a depoente a colocar os pacotes sob a blusa; que a mulher disse que desta forma seria mais fácil carregar os pacotes; que mesmo assim a interroganda de nada desconfiou; que desceu em Pato Branco e comprou passagem até esta cidade; que foi abordada no posto de fiscalização; que os policiais encontraram a substância entorpecente apreendida dentro da sua blusa; que a interroganda não resistiu a abordagem pois não sabia o que estava levando; que pretendia pegar outro ônibus de Abelardo Luz para Bom Jesus; que receberia o dinheiro no ato da entrega [...] (fl. 65 – g. m.).*

Imperioso registrar que a ré não trouxe aos autos nenhuma prova do que alegou, seja com relação à viagem para comprar presente para suas filhas e ao pernoite na casa de sua tia, seja com relação à existência real do casal mencionado por ela, pelo que suas palavras ficam totalmente isoladas no conjunto probatório produzido.

Por outro lado, constam no caderno processual as declarações dos policiais que participaram da diligência que culminou na prisão em flagrante da acusada, as quais são uníssonas e coerentes, dando conta da conduta delituosa perpetrada por ela. A policial civil Heloísa Petry, que foi quem efetivamente fez a revista pessoal na ré, relatou na fase administrativa:

[...] Que, por volta das 22:30 horas, dentre vários outros veículos automotores vistoriados, bem como revista pessoal em seus ocupantes, abordamos um veículo Ônibus da Unesul que vinha de Cascavel/PR sentido Porto Alegre/RS; Que, neste ônibus após vistoriar todas as bagagens, e alguns passageiros, vistoriamos a conduzida Ilda Catarina Gonçalves Bueno; Que, a revista pessoal dela foi feita pela declarante; *Que, ao ser revista foi encontrado um volume entre os seios da conduzida, oportunidade em que a declarante pediu para a conduzida entregar o volume que estava entre os seios dela; Que, a conduzida retirou dois volumes, envolto de plástico transparente e fita adesiva; Que, no ato a conduzida pediu para a declarante não contar nada a ninguém, pois ela nunca tinha feito isso antes, e estava com muita vergonha; Que, ato contínuo a declarante chamou o Delegado de Polícia Aden Claus Ceber Pereira, que após verificar que se tratava, em tese, de substância entorpecente crack, o mesmo deu voz de prisão em flagrante para a conduzida [...]* (fl. 4 – g. m.).

E, em Juízo, ela confirmou:

[...] que a depoente foi encarregada de revistar as mulheres; que escolheu, aleatoriamente, duas moças e a acusada para revistar; que na bagagem das mesmas nada foi encontrado; que a depoente levou a acusada até o banheiro do posto de fiscalização para fazer a revista pessoal; *que percebeu, durante a revista, que a acusada trazia dois pacotes dentro do sutiã, entre os seios; que neste momento a acusada ficou nervosa e disse “pelo amor de Deus, me ajude, eu nunca fiz isso”;* que a depoente disse que precisava verificar do que se tratava pois deveria haver algum motivo para os pacotes estarem tão bem guardados; que então a acusada disse que não sabia o que estava levando; que a depoente chamou os delegados que estavam no local e lhes entregou os dois pacotes; *que se tratava de um pacote maior e outro menor, ambos lacrados com plástico transparente de embalar alimentos e fita adesiva;* que a acusada mencionou que duas pessoas lhe pediram para levar os pacotes até Bom Jesus, onde a mesma seria abordada por um homem; que a acusada não soube informar nomes; [...] *que desde o primeiro contato que a depoente teve com a acusada esta já aparentava estar nervosa [...]* (fl. 67 – g. m.).

Por sua vez, o delegado de polícia Aden Claus asseverou em Juízo:

*[...] que naquela oportunidade tinham conhecimento prévio de que no interior de um ônibus viajava uma mulher que trazia substância entorpecente consigo; que não tinham informações acerca do nome e nem das características físicas da mesma; que a policial feminina chegou a fazer revista pessoal em mais uma ou duas mulheres; que a acusada, após constatado o volume, entregou à policial o mesmo, que constatado pelo depoente, se tratava de crack; que a acusada disse que teria recebido um pacote do casal em uma cidade que o depoente não se recorda e que deveria ser entregue em Bom Jesus; que a acusada não sabia o nome da pessoa a quem devia ser entregue, todavia, ela seria procurada por aquela; que a acusada falou que não sabia o que estava transportando; [...] que indagada acerca do destino final da passagem ser Abelardo Luz, a acusada bastante confusa disse que dali pegaria um ônibus até Bom Jesus; que não sabe se o ônibus que viajava a acusada passaria por Bom Jesus; que, segundo as investigações a acusada seria apanhada na rodoviária por um tal de Lili, que entregaria a droga para Edson Gonçalves Bueno, o qual foi preso posteriormente preventivamente também por tráfico; que Edson reside na Água Doce em Abelardo Luz; que a acusada é parente de Edson e Lili; que as investigações apuradas que Edson distribuía drogas em Abelardo Luz e Xanxerê, a qual era trazida de Foz do Iguaçu [...] (fl. 81 – g. m.).*

E o PM Evandro Marcelo de Oliveira afirmou:

*[...] que quando se aproximou da policial e da conduzida, os invólucros de plástico já estavam nas mãos da policial; que a acusada admitiu que trazia consigo os dois invólucros desde Foz de Iguaçu; que a acusada disse que não sabia o que estava transportando; que não presenciou a acusada dizer quem lhe teria entregue e onde deveria entregar o produto; que tem conhecimento que a acusada é parente de um tal de Edson, cujo sobrenome desconhece [...] (fl. 82).*

Nesse passo, não é demais lembrar que, quanto à validade dos depoimentos policiais, já julgou o Supremo Tribunal Federal:

O valor do depoimento testemunhal de servidores policiais – especialmente quando prestado em juízo, sob a garantia do contraditório – reveste-se de inquestionável eficácia probatória, não se

podendo desqualificá-lo pelo só fato de emanar de agentes estatais incumbidos, por dever de ofício, da repressão penal.

O depoimento testemunhal do agente policial somente não terá valor quando se evidenciar que esse servidor do Estado, por revelar interesse particular na investigação penal, age facciosamente ou quando se demonstrar – tal como ocorre com as demais testemunhas – que as suas declarações não encontram suporte e nem se harmonizam com outros elementos probatórios idôneos (HC n. 74.608-0, rel. Min. Celso de Mello).

Já decidiu este Relator:

O testemunho de agente policial isento de má-fé e que não foi contraditado nem tampouco invocado suspeição é tido como suficiente para embasar um decreto condenatório, principalmente, quando encontra guarida nos demais elementos de prova produzidos no transcurso da demanda (Apelação Criminal n. 2004.035411-8, de Itajaí).

Não obstante, salienta-se, como visto na declaração acima, que o Delegado Aden, na ocasião dos fatos, já estava realizando investigações a respeito do narcotráfico no município de Abelardo Luz, que, coincidentemente, envolvia um parente da ré chamado Edson Gonçalves Bueno. Nessas investigações foram autorizadas interceptações telefônicas, as quais foram transcritas e juntadas aos autos às fls. 114-119. Analisando-as detidamente, constata-se, sem sombra de dúvidas, o envolvimento da acusada com o tráfico de drogas, o que rechaça qualquer credibilidade em suas palavras e fortifica, ainda mais, sua responsabilidade penal pelo delito narrado na denúncia.

Cabe esclarecer que, para configurar o crime de tráfico, não é necessário, conforme remansosa jurisprudência, ser o agente colhido no momento da mercancia, principalmente quando os depoimentos dos policiais e a quantidade do material estupefaciente apreendido e as circunstâncias da prisão levam a crer que o destino era mesmo o comércio ilícito, em total detrimento à saúde pública.

Já julgou esta Relatoria:

Para a existência do crime de tráfico (artigo 12 da Lei n. 6.368/76) não é imprescindível que o agente seja flagrado no momento da comercialização da droga; a existência de indícios e circunstâncias no sentido do tráfico de entorpecentes é o bastante para a configuração daquele tipo delituoso (Ap. Crim. n. 2001.002629-0, de Videira).

Ainda:

Para a caracterização do crime de tráfico de entorpecentes não é necessário que o agente seja surpreendido no exato momento em que esteja fornecendo materialmente a droga a terceira pessoa, bastando a evidência que para fins de mercancia se destina o tóxico encontrado (RT 727/478).

Têm-se, ainda, as diretrizes do artigo 28, § 2º, da Lei n. 11.343/06, de modo que todo o contexto probatório aponta para um único caminho, qual seja, a responsabilidade da agente pelo crime de tráfico de entorpecentes.

Mudando o que deve ser mudado com relação à nova Lei, a jurisprudência é uníssona nesse sentido:

Se a análise das diretrizes contidas no art. 37 da Lei de Tóxicos aponta infração ao art. 12, tendo em vista a divisão da droga apreendida em pequenos saquinhos e a imputação insuspeita dos policiais, não se pode acolher a alegação de insuficiência de provas para a condenação, bem como o pedido de desclassificação para o crime de uso (Ap. Crim. n. 1998.015051-5, de Itajaí, rel. Des. Paulo Gallotti).

E ainda:

[...] a sucessão de indícios coerentes e concatenados indicando a autoria com uma dose de certeza pode fundamentar a condenação, ainda mais no sistema do livre convencimento do julgador (Ap. Crim. n. 1999.016418-7, de Ituporanga, rel. Des. Nilton Macedo Machado).

Ora, diante desse contexto probatório, tem-se que o comércio ilícito de drogas é comprovado pelas circunstâncias da prisão, pela forma e local em que o material tóxico foi apreendido, pela conduta da acusada e pelas informações das testemunhas da prisão. Tais indícios levam à conclusão inequívoca da mercancia, o que admite a condenação na ação penal.

Dessa feita, não há falar em ausência de dolo na conduta perpetrada pela acusada. A respeito, cumpre transcrever algumas considerações feitas pela douta Sentenciante:

[...] Cumpre observar que a acusada afirmou que viajou, de ônibus e sozinha, até a cidade de Foz do Iguaçu/PR, para fazer compras para suas filhas, e que retornou no dia seguinte.

Ora, não me parece razoável que uma pessoa que esteja sofrendo de problemas de saúde e passando por sérias dificuldades financeiras, conforme alegado pela defesa, realize uma viagem longa, sozinha, apenas para realizar compras no Paraguai, retornando logo no dia seguinte, o que torna a viagem ainda mais custosa e cansativa.

Além disso, a assertiva de que a acusada aceitou a proposta que lhe foi feita por um casal desconhecido para efetuar o transporte de “*uns pacotes*” de Foz do Iguaçu/PR até a cidade de Bom Jesus/SC, pelo preço de R\$ 200,00, sem saber do que se tratava, também se apresenta inverossímil.

Isto porque causa estranheza que a acusada tenha aceitado a proposta de um casal desconhecido, que a abordou na rodoviária de Foz do Iguaçu/PR, sequer sabendo declinar seus nomes e a quem se destinava a mercadoria.

Da mesma forma, é curioso que a ré tenha se preocupado em esconder, cuidadosamente, os pacotes que lhe foram entregues, colocando-os debaixo de suas vestes, dentro de seu sutiã, mais precisamente entre seus seios.

Neste aspecto, importante observar que se trata de pessoa de estrutura corporal avantajada, notadamente, de seios fartos, de forma que sua condição corporal facilitou o ocultamento dos referidos pacotes.

Além disso, conforme afirmou a ré, esta teria sido contratada por um valor considerável (R\$ 200,00) para transportar os mencionados pacotes.

Observo, ainda, que a denunciada afirmou que a entrega deveria ser feita em Bom Jesus; contudo, a passagem juntada aos autos (fl. 11) revela que ela desembarcaria nesta cidade, apesar de o ônibus seguir até Bom Jesus, já que se destinava a Porto Alegre/RS.

Ademais, anoto que não haveria motivo para que a acusada estivesse nervosa no momento da abordagem se não estivesse ciente de que estava transportando substância entorpecente (fls. 142-143).

Por essas razões, não há dúvidas de que a conduta da apelante foi ao encontro do que prescreve o art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06.

Nesse sentido recentemente decidi:

APELAÇÃO CRIMINAL – CRIME CONTRA A SAÚDE PÚBLICA – TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES (ARTIGO 33, *CAPUT*, DA LEI N. 11.343/06) – AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS – EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA JUNTAMENTE COM APARATOS QUE EVIDENCIAM A TRAFICÂNCIA – ABSOLVIÇÃO INVIÁVEL – AFIRMAÇÃO DE QUE A VERSÃO DOS POLICIAIS ENCONTRA-SE ISOLADA NOS AUTOS – INOCORRÊNCIA – DEPOIMENTOS DOS MILITARES UNÍSSONOS E EM CONSONÂNCIA COM OS DEMAIS ELEMENTOS DE PROVA – CIRCUNSTÂNCIAS DO ART. 28, § 2º, DA LEI N. 11.343/06 DESFAVORÁVEIS – ABSOLVIÇÃO INVIÁVEL – CONDENAÇÃO MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO.

Nos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, os depoimentos de policiais, quando uníssonos e coerentes com o restante da prova coligida, são bastantes para embasar o decreto condenatório (Ap. Crim. n. 2007.027330-5, da Capital).

Com efeito, impossível falar-se em absolvição.

## DECISÃO

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

O julgamento, realizado no dia 5 de dezembro de 2007, foi presidido Exmo. Sr. Des. Souza Varella, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Subst. Tulio Pinheiro. Lavrou o parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Raul Schaefer Filho.

Florianópolis, 6 de dezembro de 2007.

Solon d'Eça Neves

RELATOR



**Apelação Criminal n. 2007.029958-1, de São José**

Relator: Des. Subst. Tulio Pinheiro

APELAÇÃO CRIMINAL – FURTO QUALIFICADO PELO ABUSO DE CONFIANÇA – AGENTE QUE, SIMULANDO SER MUDO E TENDO LIVRE ACESSO EM EMPRESA PARA EFETUAR A VENDA DE DOCES, APROVEITA-SE DAS CIRCUNSTÂNCIAS, SUBTRAI PARA SI DOIS MIL REAIS EM DINHEIRO QUE ESTAVAM NO INTERIOR DE UMA BOLSA E ABALA A CONFIANÇA DO OFENDIDO – PLEITO ABSOLUTÓRIO INVIÁVEL – MATERIALIDADE E AUTORIA SOBREJAMENTE DEMONSTRADAS – CONFISSÃO JUDICIAL E EXTRAJUDICIAL CORROBORADA PELOS DEPOIMENTOS TESTEMUNHAIS – CONDENAÇÃO MANTIDA – RECURSO NÃO PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2007.029958-1, da comarca de São José (Vara Criminal), em que é apelante Marcos Antônio Satonino e apelada a Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, negar provimento ao apelo. Custas na forma da lei.

**RELATÓRIO**

No Juízo da Vara Criminal da comarca de São José, Marcos Antônio Satonino foi denunciado como incurso nas sanções do art. 155, § 4º, inciso II, do Código Penal, consoante se depreende da exordial acusatória:

Consta no caderno indiciário que, no dia 15 de dezembro de 2003, por volta das 15h30min, o denunciado, com o desígnio de se apossar do patrimônio alheio, aproveitando-se da confiança depositada pela vítima, dona da Empresa Alumínios São José Ltda. e, ao perceber que na referida empresa localizada na Rua Eliane Mota, n. 2.097, bairro Barreiros, nesta Comarca, onde vendia doces há cerca de um

ano, havia uma bolsa com diversas notas em dinheiro, ingressou naquelas dependências, subtraindo a quantia de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) em dinheiro, conforme Termos de Exibição e Apreensão e de Reconhecimento e Entrega, às fls. 6 e 7, respectivamente.

Ato contínuo, o acusado, na posse da *res furtiva*, evadiu-se do local.

Todavia, a vítima, dando conta do desaparecimento do aludido dinheiro, saiu no encalço do acusado, abordando-o nas proximidades da empresa Alumínios São José Ltda., onde verificou que o denunciado efetivamente encontrava-se na posse da *res*. Logo em seguida, policiais militares acionados, via Copom, conduziram o acusado à 2ª Delegacia de Polícia de São José (fls. 2-3 – sic).

Processado o presente feito e concluída a instrução criminal, a denúncia foi julgada procedente para condenar o réu à reprimenda de 03 (três) anos de reclusão, em regime aberto, e ao pagamento de 60 (sessenta) dias-multa, cada qual fixado no valor de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos, por infração ao *art. 155, § 4º, inciso II, do Código Penal*. Na seqüência, porque preenchidos os requisitos legais, substituiu-se a sanção corporal por duas restritivas de direitos, a saber: uma prestação de serviços comunitários e outra de restrição de fim de semana, tudo a ser especificado no juízo da execução.

Inconformado com a prestação jurisdicional, o sentenciado, por meio de sua defensora, apelou (fl. 94) postulando a reforma da sentença a fim de que seja absolvido do crime pelo qual foi condenado, ao argumento de que são insuficientes as provas para a sua condenação.

Com as contra-razões, ascenderam os autos a este egrégio Tribunal e a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Robison Westphal, opinou pelo conhecimento e desprovimento do apelo.

## VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto pela defesa do réu Marcos Antônio Satonino, condenado pela prática do delito de furto qualificado pelo abuso de confiança (art. 155, § 4º, inciso II, do Código Penal).

Pleiteia, em síntese, a reforma da sentença a fim de que o acusado seja absolvido em virtude da insuficiência de provas para a sua condenação.

Todavia, em que pesem as razões apresentadas na peça de inconformismo, o recurso não merece ser provido, uma vez que o conjunto probatório produzido mostra-se suficiente para a prolação do edito condenatório.

A materialidade delitiva ficou consubstanciada no Boletim de Ocorrência Policial (fl. 08), no Termo de Apreensão (fl. 11), no Termo de Reconhecimento e Entrega (fl. 12), bem como nos depoimentos coligidos durante a instrução processual.

A autoria, da mesma forma, exsurge incontestável dos demais elementos contidos nos autos, em especial pela confissão do réu realizada em ambas as etapas procedimentais, que relata, com minúcias, o modo como ingressou na empresa da vítima e, observando a ausência de vigilância, furtou o dinheiro que estava no interior de uma bolsa. Da fase judicial, coleta-se:

*[...] o depoente chegou na empresa entre 13h30m a 14h. Ao entrar não havia ninguém e percebeu que havia sobre a mesa uma bolsa que estava aberta. Observou que não havia filmagem e em razão da necessidade que passava pegou o dinheiro que estava dentro da bolsa acondicionado com atilho. O depoente saiu de imediato da empresa. Guardou o dinheiro dentro da pochete. Um cliente da empresa viu o depoente saindo de dentro da sala. O depoente foi abordado pelo diretor-presidente da empresa a uma quadra e meia aproximadamente da empresa [...] Entregou o dinheiro ao diretor-presidente e este lhe pediu que lhe acompanhasse até a empresa [...] (fls. 41-42 – sic) (destacou-se).*

Em consonância com a referida confissão, há o depoimento da testemunha Ailton Fernandes da Silva, que confirma que os fatos se deram exatamente como foram narrados pelo acusado:

[...] que o acusado foi detido ainda próximo à empresa; que não reagiu e confessou; que ele mexeu na bolsa porque vendia balas na empresa e a freqüentava, sabendo onde Jaime guardava o dinheiro [...] (fl. 59 – sic).

Em Juízo, a vítima Jaime Rodrigues ratificou o que havia dito na fase indiciária, bem como a versão apresentada pelo réu, e destacou, ainda, além da conduta criminosa, que Marcos Antônio tinha livre acesso ao estabelecimento, no qual, simulando ser mudo, vendia balas aos funcionários da empresa:

[...] *que o réu se apresentava como mudo; que o réu vendia um tipo de bala para os funcionários da empresa do depoente e tinha acesso livre ao estabelecimento; que o réu foi visto por um cliente mexendo na bolsa do depoente, onde estava um conjunto de notas; que esse cliente avisou e o depoente verificou a falta do dinheiro, depois do que saiu correndo atrás dele; que assim que o pegou, duas quadras adiante, ele já devolveu o dinheiro; que de início houve dúvida se chamariam ou não a polícia, mas em contato com a avó do acusado ela informou que ele nem era mudo nem tinha problema de fala, após o que ele começou a falar normalmente; que então a polícia foi chamada [...]* (fl. 60 – sic) (enlevou-se).

Em suma, não há dar guarida ao pleito defensivo, pois a prova colhida é clara em apontar o acusado como o autor dos fatos narrados na denúncia.

Da mesma forma, como visto alhures, ficou devidamente comprovada a qualificadora do abuso de confiança, prevista no inciso II do § 4º do art. 155 do Código Penal, uma vez que, como salientado pela vítima, o réu tinha pleno acesso às dependências da empresa, na qual, fazendo-se passar por mudo, vendia balas aos empregados daquela.

A respeito do tema, ensina Guilherme de Souza Nucci que a

confiança é um sentimento interior de segurança em algo ou alguém; portanto, implica em credibilidade. O abuso é sempre um excesso, um exagero via de regra condenável. Portanto, aquele que viola a confiança, traindo-a, está abusando. A qualificadora que diz respeito ao abuso de confiança pressupõe a existência de prévia credibilidade, rompida por aquele que violou o sentimento de segurança anteriormente estabelecido (*Código penal comentado*. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2000. p. 434).

Na mesma alínea, posiciona-se a jurisprudência desta Corte:

A qualificadora do abuso de confiança no furto consiste na traição, por parte do agente, da confiança necessária ou quase necessária que, resultante de certas relações intercedentes entre ele e o proprietário faz com que a coisa fique exposta ao seu fácil alcance (Apelação Criminal n. 99.012385-5, de São José, rel. Des. Subst. Nilton Macedo Machado).

Assim sendo, não há reformar a sentença a fim de desconstituir a autoria delitiva, uma vez que o conjunto probatório é claro em apontar o ora apelante como autor do furto perpetrado no caso em apreço.

## DECISÃO

Pelo exposto, na Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, nega-se provimento ao recurso.

O julgamento, realizado no dia 14 de novembro de 2007, foi presidido pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Amaral e Silva, com voto, e dele participou o Excelentíssimo Senhor Desembargador Souza Varella.

Florianópolis, 14 de novembro de 2007.

Tulio Pinheiro  
RELATOR

**Apelação Criminal n. 2006.044714-1, de Ascurra**

Relator: Des. Subst. Tulio Pinheiro

APELAÇÃO CRIMINAL – CRIME CONTRA A INCOLUMIDADE PÚBLICA – EXPLOSÃO – AGENTE QUE, AO COLOCAR ENGENHO DE SUBSTÂNCIA ANÁLOGA A DINAMITE NO TELHADO DE CASA HABITADA, CAUSA VIOLENTA EXPLOSÃO E EXPÕE A PERIGO A VIDA, A INTEGRIDADE FÍSICA E O PATRIMÔNIO DE UM NÚMERO INDETERMINADO DE PESSOAS – PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO POR FALTA DE PROVAS DA AUTORIA – INVIABILIDADE – CONTEXTO PROBATÓRIO, EM ESPECIAL A PALAVRA DA VÍTIMA E DE TERCEIRO INFORMANTE, QUE REVELA A CERTEZA NECESSÁRIA PARA A MANUTENÇÃO DO EDITO CONDENATÓRIO – PLEITO SUCESSIVO DE MITIGAÇÃO DA REPRIMENDA CORPORAL, ESPECIFICAMENTE NO TOCANTE À VALORAÇÃO DA PENA-BASE (CONDUTA SOCIAL E PERSONALIDADE) – INACOLHIMENTO – EXISTÊNCIA DE ELEMENTOS SUFICIENTES A JUSTIFICAR A ANÁLISE NEGATIVA PELO TOGADO – AUMENTO FIXADO EM MONTANTE RAZOÁVEL, UMA VEZ QUE GUARDADA A DEVIDA PROPORÇÃO ENTRE O MÍNIMO E MÁXIMO ABSTRATAMENTE COMINADO AO TIPO – SANÇÃO CONSERVADA – APELO DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2006.044714-1, da comarca de Ascurra (Vara Única), em que é apelante Nivaldo Alves de Oliveira e apelada a Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, negar provimento ao apelo. Custas na forma da lei.

## RELATÓRIO

No Juízo da Vara Única da comarca de Ascurrra, Nivaldo Alves de Oliveira foi denunciado como incurso nas sanções dos arts. 251, *caput*, e § 2º, e 250, §1º, II, *a*, todos do Código Penal, consoante se depreende da exordial acusatória, *in verbis*:

O denunciado ficou conhecido no Juízo Criminal por seu envolvimento recente com a propriedade ilegal de grande quantidade de artefatos explosivos de alto poder de detonação (dinamites) e por estes fatos se encontra preso provisoriamente, aguardando decisão do Tribunal de Justiça Catarinense em recurso que interpôs contra condenação proferida em 1º grau.

No dia 14 de fevereiro de 2004, por volta das 3h50, a vítima Íria de Lourdes Manrich acordou com o barulho no telhado de sua residência, ocasião em que se deslocou até a parte externa e subiu o muro para verificar o que ocorria. Nessa ocasião não identificou ninguém no telhado, mas viu que em uma rua próxima o denunciado evadía-em em alta velocidade com uma bicicleta.

Ato contínuo, antes mesmo que pudesse descer do muro, escutou um enorme estrondo, decorrente da explosão de artefato colocado no telhado, que ocasionou sua caída no chão, causando-lhe lesões corporais de pequena monta, e a destruição parcial do telhado sobre o quarto do casal, com o arremesso de fragmentos para seu interior.

A explosão na forma em que ocorreu colocou em risco a vida da vítima e de seu marido, que habitavam a residência, bem como expôs a perigo a vida e o patrimônio de terceiros, moradores das edificações situadas nas proximidades, o que foi causado pelo ora denunciado, que conseguiu fugir do local (ffs. 2-3 – sic).

Processado o feito e concluída a instrução criminal, a denúncia foi julgada procedente para condenar o réu à reprimenda de 6 (seis) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicialmente fechado, assim como ao pagamento de 26 (vinte e seis) dias-multa, a razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos, como incurso nas sanções do art. 251, *caput*, c/c § 2º (art. 250, § 1º, II, *a*) do Código

Penal, e negada, na seqüência, a suspensão da pena ou a sua suspensão condicional porque não satisfeitos os requisitos legais.

Inconformado com a prestação jurisdicional, o sentenciado, por meio de seu defensor, apelou aduzindo a falta de provas da autoria do crime pelo qual foi condenado, razão por que pugna pela sua absolvição. Sucessivamente, requer a mitigação da pena, em especial no que toca à fixação da pena-base, vista que equivocada análise das circunstâncias judiciais (conduta social e personalidade).

Contra-arrazoado o recurso, ascenderam os autos a este egrégio Tribunal, e a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Luiz Fernando Sirydakakis, opinou pelo conhecimento e desprovimento do apelo.

#### VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto por Nivaldo Alves de Oliveira, condenado pela prática da infração descrita nos arts. 251, *caput*, c/c § 2º, e 61, I, todos do Código Penal.

Busca o réu sua absolvição à alegação de que não há provas suficientes a reportar-lhe a autoria dos fatos. Sucessivamente, pleiteia a mitigação da pena contra si imposta aduzindo que a avaliação das circunstâncias judiciais (conduta social e personalidade) lhe foi prejudicial.

Todavia, razão não assiste ao apelante.

Inicialmente, não há dar guarida a uma absolvição, uma vez que as provas colhidas ao longo da instrução reportam à certeza necessária de que o acusado, nos termos da denúncia, expôs a perigo a vida, a integridade física e o patrimônio de outrem, por meio da explosão de engenho em casa habitada.



Por explosão, entende-se estouro violento, que normalmente ocasiona visível deslocamento de ar. O ilícito penal de explosão é um crime de perigo comum e concreto. Isto é, que expõe a perigo um número indeterminado de pessoas e bens, perigo esse que precisa ser provado e não admite presunção legal. Nesse ponto também reside a distinção do crime previsto no art. 16, parágrafo único, III, da Lei n. 10.826/03, cuja dicção aponta o emprego de artefato explosivo, sem autorização ou em desacordo com determinação legal, mas que não se considera atentatório à incolumidade pública.

*In casu*, a materialidade delitiva está consubstanciada no Registro de Ocorrência n. 955/04 (fl. 7); no Boletim de Emergência do Corpo de Bombeiros n. 190/04 (fl. 6); no Auto de Prisão em Flagrante por infração ao art. 16 da Lei n. 10.826/03 (fls. 10-13), pelas Notas de Culpa (fls. 15 e 17), pelo Auto de Exibição e Apreensão (fl. 18), assim como pelo Laudo Pericial n. 449/04 (exame em edificação, fls. 62-70).

Dos supracitados elementos, salienta-se o registro de ocorrência que informa que uma explosão muito forte ocorreu no telhado de uma residência, a qual causou danos em telhas de amianto e no forro de madeira da casa, e que, após a explosão, havia forte cheiro de pólvora e estilhaços do material ficaram depositados sobre várias casas vizinhas.

Do laudo pericial, destaca-se a “ruptura de flanco direito da cobertura, causada pela expansão de algum artefato explosivo naquela área”. Asseveraram, ainda, os senhores peritos, que “a explosão provocou a fragmentação de telhas, secções de caibros, rompimentos de ripas, quebraduras de tábuas do forro e o arremesso de fragmentos para o interior da edificação, mais especificamente no quarto de casal, onde situava o epicentro da explosão” e que o “sinistro colocou em risco a vida dos moradores da edificação em questão e também a vida e o patrimônio de terceiros” (fls. 63-70).

Do auto de exibição e apreensão, tem-se a descrição de 120 (cento e vinte) bananas Powergel Pulsar 1X8 explosivo; 35 (trinta e cinco) metros de cordel detonante NP5; 16 (dezesesseis) retardos de 20m para cordel detonante Belmak, 39 (trinta e nove) retardos de 30m para cordel detonante Belmak, 2 (dois) projéteis calibre 38 Winchester intactos, 1 (um) projétil calibre 38 FM FLB intacto, 1 (uma) fita de videocassete “colpe fuminare sangue por sangue” (fl. 18).

A autoria, por seu turno, em que pesem as negativas do crime de explosão e da propriedade dos explosivos apreendidos, assim como a afirmação de que estava trabalhando na boate no dia dos fatos (fl. 87), compulsando os autos, nota-se que a supracitada tese encontra-se ilhada nos autos e diverge de todos os elementos de convicção acostados, senão, vejamos:

Da palavra da vítima, que embora não tenha visto o apelante colocando o artefato explosivo no telhado de sua casa, tem-se a afirmação de tê-lo reconhecido evadindo-se do local de bicicleta e em alta velocidade, perto das 4 horas da manhã, segundos antes do estouro:

[...] que na noite dos fatos a informante escutou um barulho no telhado, por volta das 3h30min da madrugada, que a vítima acordou e subiu no muro e foi ver o que era, quando percebeu que o acusado estava saindo de bicicleta, próximo a sua casa; quando estava no muro, ocorreu a explosão, sendo arremessada para o chão, sofrendo lesões no rosto, no braço e nas pernas; que o marido e a filha estavam dentro de casa, [...] que a polícia esteve no local, sendo que o policial Moacir comentou quando estava se dirigindo à casa da vítima que encontrou o acusado na estrada de bicicleta; [...] (Iria de Lurdes Manrich — fl. 123 — sic).

Malgrado o arsenal descrito no auto de exibição e apreensão tenha sido apreendido na posse de Ricardo Bertolino, esse, desde o primeiro momento em que lhe foi dada voz de prisão, afirmou aos policiais que o explosivo pertencia ao apelante:

[...] Que os explosivos, os retardos, o cordel detonador e os projéteis de arma de fogo pertenciam a Nivaldo Alves de Oliveira, o qual é conhecido pela alcunha de “Biro”; Que, Nivaldo Alves de Oliveira deixou os referidos explosivos na residência do declarante há cerca de vinte dias, no período da noite, não sabendo o declarante precisar o dia do mês e da semana; [...] Que Nivaldo Alves de Oliveira ameaçou o declarante, os policiais militares e Daniel Rosa, de morte, dizendo: “aqueles que me cagoetar eu vou matar, porque um dia eu vou sair da prisão” [...] (fl. 12 — sic).

Tal afirmação foi corroborada pelos policiais que, após denúncia anônima, saíram em diligência e acabaram efetuando a prisão de Ricardo Bertolino e Nivaldo Alves de Oliveira:

[...] Que, as buscas levaram cerca de 40 (quarenta) minutos, sendo que o declarante encontrou o referido material no interior de sacos plásticos no fundo de um sofá; [...] Ricardo Bertolino ao ser detido disse que estava guardando o referido material para Nivaldo Alves de Oliveira, sendo que indicou Daniel Rosa como testemunha deste fato; Que, em ato contínuo a guarnição efetuou buscas para localizar Nivaldo Alves de Oliveira, o qual foi localizado e dado voz de prisão, sendo o mesmo conduzido para esta Delegacia de Polícia; Que após ser detido Nivaldo Alves de Oliveira fez ameaças de morte contra a guarnição da Polícia Militar e também contra Daniel Rosa, por ser este último testemunha de quando Nivaldo Alves de Oliveira transportou e guardou o material explosivo na residência de Ricardo Bertolino (Cabo Wilson Muller — fl. 10).

[...] Ricardo Bertolino disse estar guardando o referido material explosivo para o tal de “Bira”, posteriormente identificado como sendo Nivaldo Alves de Oliveria, [...] indicando ainda como testemunha dos fatos Daniel Rosa, o qual havia visto quando Nivaldo Alves de Oliveira transportou e guardou o material explosivo na residência de Ricardo Bertolino (Soldado Silvio Corrêa Negro — fl. 11).

A versão já aludida foi ainda detalhadamente esclarecida pela testemunha Daniel Rosa, que assegurou a propriedade dos explosivos e a autoria da explosão na casa de Orlando Manrich por Nivaldo:

[...] Que, há cerca de vinte dias Nivaldo Alves de Oliveira procurou pelo declarante solicitando ao mesmo que guardasse material

explosivo em sua residência; Que, o declarante se recusou a guardar os referidos explosivos, [...] Que, o declarante viu quando Nivaldo Alves de Oliveira descarregou o material explosivo na residência de Ricardo Bertolino, fato este ocorrido há cerca de quinze dias, durante a noite, o qual estava a pé, carregando o material em uma bolsa tipo de acampamento, de cor verde desbotada, [...] Que, o declarante tem certeza absoluta de que foi Nivaldo Alves de Oliveira que colocou a bomba na residência de Orlando Manrich, pois Nivaldo Alves de Oliveira mostrou a bomba, a qual estava enrolada em fita adesiva de cor branca, no interior de um saco plástico e disse que iria colocá-la em uma casa, e que era para o declarante ficar ouvindo; Que, na madrugada seguinte a este fato ocorreu a explosão na residência de Orlando Manrich; Que, Nivaldo Alves de Oliveira disse que iria colocar uma bomba na casa pois o proprietário da mesma estaria lhe devendo algo (fl. 19 — sic).

Em que pese Daniel ter negado ciência de quaisquer informações dos fatos na fase judicial (fl. 24), depreende-se dos autos as razões de seu silêncio:

[...] Que, o declarante após ter se negado a guardar o material explosivo passou a receber ameaças de morte por parte de Nivaldo Alves de Oliveira; Que, o declarante tem medo pelo que possa vir a ocorrer com sua vida e com a de sua família, sendo que necessita de proteção; Que, o declarante tem mulher e um filho de nove meses de idade e teme pela vida dos mesmos [...] (fl. 19).

Do depoimento de Orlando Manrich, que dormia em sua cama quando o artefato explodiu sobre si, extrai-se uma possível razão do cometimento do crime:

[...] Que a dona da boate existente ao lado da casa onde o informante morava, chamou o Ibama e o fiscal da prefeitura, além de ter dado veneno para seus cachorros, sendo que a mesma o ameaçou por telefone; que Nivaldo freqüentava essa boate de Jane [...] (fl. 122).

É de se ressaltar que o increpado, à época do oferecimento da denúncia neste processo, aguardava análise de recurso contra condenação nos Autos n. 104.04.000243-0, de Ascurra, pela peculiar infração ao art.

16, parágrafo único, III, da Lei n. 10.826/03, c/c o art. 61, I, do Código Penal, qual seja, posse ou porte ilegal de material explosivo de uso restrito, ao qual foi condenado à pena de quatro anos e oito meses de reclusão.

Assim, ante todo o conjunto probatório amealhado, em especial as robustas provas testemunhais, não há afastar a autoria do ilícito penal imputado ao réu.

Sucessivamente, requereu o increpado a mitigação da reprimenda contra si imposta ao argumento da desproporcional análise das circunstâncias judiciais na dosimetria, especialmente sobre sua conduta social e personalidade.

Do referido edito condenatório, extrai-se:

[...] A sua conduta social não pode ser considerada boa, diante do perigo a que expôs as vítimas e seus vizinhos com o arremesso de engenho de dinamite expondo a perigo a vida, a integridade física e o patrimônio dos mesmos [...] (fl. 160).

[...] A personalidade é propensa à prática delituosa, tendo em vista que, consoante certidão que segue anexa, já possui em seu desfavor quatro condenações criminais transitadas em julgado e duas ações penais em andamento [...] (fl. 160).

Especificamente acerca da conduta social, laborou em equívoco Sua Excelência, porquanto os motivos justificadores são inerentes ao próprio tipo penal.

No entanto, é possível vislumbrar a má conduta social do increpado, mas por motivo diverso, qual seja, a existência de processos em tramitação contra ele, o que aliás, foi ressaltado no momento da avaliação da sua personalidade; deve, portanto, referida causa migrar para a circunstância *sub examine*.

A propósito, já decidiu esta Corte:

[...] DOSIMETRIA – PENA-BASE – ALMEJADA REDUÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – AGENTE QUE CONTA COM VÁRIAS CONDENAÇÕES REGISTRADAS A TÍTULO DE ANTE-

CEDENTES E OUTROS PROCESSOS EM ANDAMENTO MACULANDO SUA CONDUTA SOCIAL – REPRIMENDAS INCREMENTADAS ACIMA DO MÍNIMO LEGAL EM PATAMAR ADEQUADO (Apelação Criminal n. 2007.012232-1, de São José, rel. Des. José Carlos Carstens Köhler).

Em relação à personalidade do agente, leciona Julio Fabbrini Mirabete: “Quanto à personalidade, registram-se qualidades morais, a boa ou má índole, o sentido moral do criminoso, bem como sua agressividade e o antagonismo com a ordem social intrínsecos a seu temperamento” (*Manual de Direito Penal*. v. 1, 20. ed. Atlas, 2003. p. 293).

Assim, a partir dos ensinamentos do mestre suso nominado, destaca-se que, em termos de agressividade e temperamento, há vários registros de ameaças feitas pelo apelante no curso deste feito, especificamente a Ricardo Bertolino (de que um dia sairia da prisão para pegar quem o “cagoeteou”), a Daniel Rosa (que afirmou receber ameaças após negar-se a guardar explosivos para Nivaldo) e também à guarnição da polícia militar, como relatam os condutores Muller e Negredo nos depoimentos *supra*.

Seu temperamento, fator que se leva em consideração para aferir a personalidade, conforme doutrina já anotada, é deveras comprometedor, especialmente porque, malgrado ter acabado de sofrer condenação pela posse/porte ilegal de grande quantidade de material detonante, insistiu na prática delituosa por meio de material explosivo.

Diante disso, perfeitamente justificados os motivos ensejadores da análise prejudicial das circunstâncias ora analisadas, deve ser mantido o *quantum* acrescido à pena-base (1 ano e 1 mês), o que totaliza a reprimenda, nesta fase, 4 anos e 1 mês, mormente porque pesaram em desfavor do apelante outras circunstâncias (culpabilidade, antecedentes e conseqüências do crime) e por guardar a reprimenda imposta a necessária proporção entre o mínimo e o máximo abstratamente cominado ao tipo (3 a 6 anos).

## DECISÃO

Pelo exposto, por votação unânime, nega-se provimento ao recurso.

O julgamento, realizado no dia 21 de novembro de 2007, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Amaral e Silva, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Solon d'Eça Neves.

Florianópolis, 21 de novembro de 2007.

Tulio Pinheiro  
RELATOR

## RECURSO CRIMINAL

### Recurso Criminal n. 2007.052519-4, de Joaçaba

Relator: Des. Solon d'Eça Neves

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – AÇÃO PENAL PRIVADA – QUEIXA-CRIME – PEÇA INICIAL OFERTADA E SUBSCRITA SOMENTE PELA PARTE OFENDIDA – PARTE CARECEDORA DE CAPACIDADE POSTULATÓRIA – ADVOGADO CONSTITUÍDO EM AUDIÊNCIA – IRRELEVÂNCIA – EXIGÊNCIA DO ARTIGO 44 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL NÃO ATENDIDA – REJEIÇÃO DA QUEIXA QUE SE IMPÕE – RECURSO DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Criminal n. 2007.052519-4, da comarca de Joaçaba (Vara Criminal), em que é recorrente Camila Adriana da Silva, e recorrida a Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, negar provimento ao recurso. Custas legais.

### RELATÓRIO

Trata-se de recurso em sentido estrito interposto por Camila Adriana da Silva contra decisão do MM. Juiz de Direito da Vara Criminal da comarca de Joaçaba/SC, que, com fundamento no artigo 43, inciso III, última parte, do Estatuto Processual Penal, rejeitou a queixa-crime por ela ofertada ao argumento de falta de condição de procedibilidade, uma vez que referida queixa-crime foi proposta sem a juntada do devido instrumento procuratório, a teor do que dispõe o artigo 44 do Código de Processo Penal.



Sustenta a recorrente, em suma, que a constituição posterior de advogado em audiência supriu a ausência do instrumento de mandato.

Apresentadas as contra-razões (fls. 25-28 e 31-32), a decisão foi mantida (fl. 33).

Os autos ascenderam a esta instância e a douta Procuradoria-Geral de Justiça, na lavra do Dr. Robison Westphal, opinou pelo desprovemento do recurso.

## VOTO

O recurso não merece acolhida.

Dispõe o artigo 44 do Código de Processo Penal:

Art. 44. A queixa poderá ser dada por procurador com poderes especiais, devendo constar do instrumento do mandato o nome do querelante e a menção do fato criminoso, salvo quando tais esclarecimentos dependerem de diligências que devem ser previamente requeridas no juízo criminal.

Por sua vez, o artigo 43, inciso III, reza:

Art. 43. A denúncia ou queixa será rejeitada quando:

[...]

III – for manifesta a ilegitimidade da parte ou faltar condição exigida pela lei para o exercício da ação penal.

É cediço que a queixa-crime, além de atender aos mesmos requisitos da denúncia, deve ser apresentada pelo ofendido ou pelo seu representante legal, mediante procurador com poderes especiais, ou seja, com instrumento de mandato em que conste cláusula específica a respeito da propositura da ação privada por determinado fato criminoso, exceto quando o próprio ofendido possuir habilitação técnica para tanto. No entanto, esse não é o caso dos autos.

Do escólio de Julio Fabbrini Mirabete colaciona-se:

Ressalte-se que a queixa pode ser oferecida pelo próprio ofendido se ele possuir habilitação técnica; caso contrário deve constituir um advogado com os poderes especiais expressos (*Código de processo penal interpretado*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 198).

Com efeito, quando o Estado outorgou ao particular (ofendido) o direito de propor a ação judicial contra o infrator do crime contra a honra (artigo 30 do Código de Processo Penal) também lhe transferiu o ônus de elaborar peça técnica. Logo, mostra-se indispensável o profissional dotado de capacidade postulatória.

Da jurisprudência:

ACÇÃO PENAL PRIVADA – QUEIXA-CRIME – APRESENTAÇÃO E ASSINATURA DIRETAMENTE PELA PARTE – FALTA DE ADVOGADO COM PODERES ESPECIAIS (CPP, ART. 44) – CUSTAS INICIAIS NÃO PAGAS – REJEIÇÃO DA QUEIXA – EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE.

A queixa-crime somente pode ser apresentada diretamente pela parte quando for advogado habilitado; não o sendo, poderá ser dada por procurador com poderes especiais (CPP, art. 44), não se admitindo sem cumprimento de tal formalidade (Queixa-Crime n. 1998.000721-6, da Capital, rel. Des. Nilton Macedo Machado, j. em 31-3-1998).

Mais:

QUEIXA-CRIME – ACÇÃO PENAL PRIVADA – APRESENTAÇÃO E ASSINATURA DIRETA E EXCLUSIVAMENTE PELA PARTE QUERELANTE – AUSÊNCIA DE ADVOGADO – REJEIÇÃO DA QUEIXA – EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE.

A queixa-crime somente poderá ser apresentada diretamente pela parte quando esta for advogado legalmente habilitado. Não o sendo, deverá outorgar poderes especiais (art. 44, CPP), vedada sua admissão sem o cumprimento de tal formalidade.

Decaído o direito de queixa, necessária se faz a declaração de extinção da punibilidade em favor do querelado (Queixa-Crime n.

2006.000923-3, da Capital, rel. Des. Edson Ubaldo, j. em 26-2-2007).

E, do corpo do acórdão, extrai-se:

Ainda que o caso refira-se a ação penal privada, é condição *sine qua non* para estar em juízo a representação da parte por advogado legalmente habilitado, e, em se tratando de queixa-crime, outorgar-lhe poderes específicos para a propositura da queixa, ou, caso lhe confira procuração genérica, tanto a parte quanto seu procurador deverão firmar o libelo.

Dito isso, compulsando detidamente os autos, verifica-se que não subsiste o argumento da recorrente (querelante) de que constituiu advogado em audiência. A uma, porque não juntou os documentos necessários que comprovem tal assertiva, notadamente a ata de audiência, já que, consoante dispõe o artigo 587 do Código de Processo Penal, era seu ônus. A duas, porque ainda que se admitisse a constituição do procurador em audiência, tal fato, s.m.j., não supre a falta do instrumento de mandato, bem como não enseja, por conseguinte, uma interpretação jurisprudencial que abrande as formalidades exigidas pelo artigo 44 do Código de Processo Penal, sobretudo porque a recorrente (querelante) subscreveu solitária a peça inicial.

Sem embargo dos entendimentos contrários, em uma interpretação sistemática do ordenamento vigente, entendo que nos casos de ação penal privada a peça inaugural deve, necessariamente, vir subscrita por um profissional legalmente habilitado. Esse, no entanto, como já dito, não é o caso dos autos.

Portanto, como a recorrente (querelante) não é advogada e a peça ofertada (fls. 2-6) não veio assinada por um profissional dotado de capacidade postulatória (procurador com poderes especiais), a queixa-crime deve ser rejeitada, uma vez que não atende à condição exigida pela lei processual para o exercício da ação penal.

## DECISÃO

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

O julgamento, realizado no dia 5 de dezembro de 2007, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Souza Varella, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Tulio Pinheiro (em Substituição). Lavrou o parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Robison Wetphal.

Florianópolis, 13 de dezembro de 2007.

Solon d'Eça Neves

RELATOR

## SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL

### APELAÇÕES CRIMINAIS

#### **Apelação Criminal n. 2007.014930-3, de São Francisco do Sul**

Relator: Des. Sérgio Paladino

APELAÇÃO CRIMINAL. NULIDADE PROCESSUAL. SENTENÇA QUE ENQUADROU A CONDOTA DO INIMPUTÁVEL NO ART. 16, PARÁGRAFO ÚNICO, IV, DA LEI N. 10.826/03. AGENTE QUE POSSUÍA ARMA DE FOGO COM NUMERAÇÃO RASPADA. DELITO QUE SE CONFIGURA QUER NO CONCERNENTE À ARMA DE USO PERMITIDO QUER QUANTO À DE USO RESTRITO. PRELIMINAR REPELIDA.

O agente que é flagrado portando arma de fogo de uso permitido com a numeração raspada ou suprimida incide nas sanções do inciso IV do parágrafo único do artigo 16 da Lei n. 10.826/03, pelo que não há nulidade a proclamar se a conduta foi corretamente enquadrada pela sentença.

INIMPUTABILIDADE. MEDIDA DE SEGURANÇA DE INTERNAÇÃO. FATO DEFINIDO COMO CRIME PUNIDO COM RECLUSÃO. PRETENDIDA SUBSTITUIÇÃO POR TRATAMENTO AMBULATORIAL. LAUDO PERICIAL E CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO QUE RECOMENDAM A ALTERAÇÃO. POSSIBILIDADE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Em que pese o teor da norma inscrita no art. 97 do Código Penal, viabiliza-se a aplicação da medida de segurança de tratamento ambulatorial à hipótese de perpetração de crime punido com reclusão, se as circunstâncias do caso e o laudo pericial recomendarem.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2007.014930-3, da comarca de São Francisco do Sul (2ª Vara), em que é apelante Paulo Nelson de Souza e apelada a Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por unanimidade, dar provimento parcial ao recurso para determinar que o recorrente seja submetido a tratamento ambulatorial em substituição à internação. Custas na forma da lei.

## RELATÓRIO

Na comarca de São Francisco do Sul, a representante do Ministério Público ofereceu denúncia contra Paulo Nelson de Souza, dando-o como incurso nas sanções previstas no art. 16, parágrafo único, IV, da Lei n. 10.826/03, descrevendo assim o fato:

Consta nos autos que na data de 10 de julho de 2006, na Rua Padre Antônio Nóbrega, 200, Bairro Água Branca, nesta cidade, o denunciado Paulo Nelson de Souza possuía em sua residência arma de fogo, revólver calibre .38, marca Taurus, cano curto de madeira oxidado, com numeração raspada, e acessório consistente em uma bala intacta, aguila, calibre .38, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar (fl. 1).

Homologado o auto de prisão em flagrante (fl. 28) e recebida a denúncia, o Magistrado indeferiu o pleito que visava à concessão de liberdade provisória deduzido por Paulo (fls. 50-51), ocasião em que veio aos autos o laudo relativo ao exame de sanidade mental (fls. 60-64).

Interrogado (fls. 82-83), o acusado apresentou defesa prévia, na qual postulou a produção de prova oral, reiterando, sem sucesso, o pedido de liberdade provisória (fl. 81).

Inquirida uma das testemunhas arroladas na exordial (fl. 92), como as partes desistiram das remanescentes (fl. 91), estas foram intimadas para os fins a que alude o art. 499 do Código de Processo Penal, e o *dominus litis* requereu a expedição de ofício ao delegado de polícia a fim de que este remetesse o laudo resultante da perícia efetuada na arma, para que fosse juntado aos autos.

Ofertadas as derradeiras alegações, por memoriais e na ordem legal (fls. 112-113 e 126-129), o Dr. Juiz de Direito proferiu a sentença, por meio da qual julgou improcedente a denúncia e absolveu Paulo, com fulcro no art. 386, V, do Código de Processo Penal, considerando-o inimputável; aplicou-lhe, contudo, a medida de segurança de internação, pelo prazo mínimo de 1 (um) ano (fls. 132-136).

Inconformado, o sentenciado apelou, suscitando a nulidade do processo em virtude de haver respondido pela prática do crime de posse ilegal de arma de fogo de uso restrito, capitulado no art. 16, parágrafo único, IV, do Estatuto do Desarmamento, em que pese o fato de a arma apreendida em seu poder ser de uso permitido. Alternativamente, almeja que se lhe aplique a medida de segurança de tratamento ambulatorial em substituição à internação, consoante a recomendação dos peritos constante do laudo de sanidade mental (fls. 144-154).

Com as contra-razões (fls. 167-169), os autos ascenderam a esta Corte, e a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer do Dr. Humberto Francisco Scharf Vieira, pronunciou-se pelo provimento parcial do recurso (fls. 185-186).

## VOTO

A nulidade suscitada não se caracterizou, porquanto a denúncia e a sentença enquadraram corretamente a conduta perpetrada pelo apelante no art. 16, parágrafo único, IV, da Lei n. 10.826/03, de modo que é irrelevante que a arma de fogo apreendida em sua casa seja de uso permitido — revólver calibre .38 —, uma vez que sua numeração fora suprimida, como atestou o laudo pericial (fls. 97-99).

A respeito, esclarece Fernando Capez:

O legislador dispôs no parágrafo único do art. 16 diversas condutas típicas, as quais recebem o idêntico tratamento penal dispensado à posse ou ao porte ilegal de arma de fogo. Convém notar que, embora as figuras do parágrafo único em estudo constem do art. 16, isso não quer dizer que o objeto material se restrinja às armas de fogo, aos acessórios ou às munições de uso restrito. Na realidade, tais figuras foram equiparadas à posse ou ao porte ilegal de arma de fogo de uso restrito apenas para efeitos de incidência da mesma sanção penal. Assim, admite-se, por exemplo, que na conduta prevista no inciso I (supressão ou alteração de identificação de arma de fogo ou artefato), o objeto material seja arma de fogo de uso permitido (*Estatuto do desarmamento: comentários à Lei n. 10.826, de 22-12-2003. 4. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 130*).

Não obstante o art. 97 do Código Penal restrinja a aplicação da medida de segurança de internação ao inimputável que haja praticado delito punido com reclusão, viabiliza-se, na espécie, que se submeta o recorrente a tratamento ambulatorial, porquanto a conduta que per fez não teve graves conseqüências, mostrou-se fato isolado em sua vida.

Ademais, os peritos que confeccionaram o laudo de sanidade mental atestaram que o apelante, detido na Escola de Aprendizes de Marinheiro de Florianópolis, apresenta transtorno esquizofrênico agravado pela dependência do uso de álcool, que causa descompensação em seu quadro psiquiátrico. Examinando-o, após, quando estava sóbrio, há 2 (dois) meses, constataram que se conservava compensado e estável, razão pela



qual recomendaram, como medida mais eficaz ao seu tratamento, que se sujeitasse a regime ambulatorial (fls. 60-64).

A propósito, sublinha Guilherme de Souza Nucci, *verbis*:

Diz a lei ser obrigatória a internação do inimputável que pratica fatos típicos e antijurídicos punidos com reclusão. Entretanto, esse preceito é nitidamente injusto, pois padroniza a aplicação da sanção penal e não resolve o drama de muitos doentes mentais que poderiam ter suas internações evitadas (*Código penal comentado*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 466).

Gize-se que

em se tratando de medida de segurança, deve prevalecer sempre como guia para a definição terapêutica a ser executada a conclusão pericial e não a natureza da pena, assim, se o perito médico especializado indica como suficiente o tratamento ambulatorial, mesmo para o inimputável ou semi-imputável sujeito ativo de infração penal punida com reclusão, é porque considerou que ele não apresenta desajuste de ordem psíquica que represente perigo à sociedade, devendo-se evitar, sempre que legalmente possível, a internação em casa de tratamento, mesmo ante a expressa disposição do art. 97 do CP (RT 748/656).

Nesse sentido, assentou o Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL. INIMPUTABILIDADE. IMPOSIÇÃO DE MEDIDA DE SEGURANÇA. TRATAMENTO AMBULATORIAL. DELITO APENADO COM RECLUSÃO. POSSIBILIDADE. RECURSO IMPROVIDO.

1. A medida de segurança, enquanto resposta penal adequada aos casos de exclusão ou de diminuição de culpabilidade previstos no artigo 26, *caput* e parágrafo único, do Código Penal, deve ajustar-se, em espécie, à natureza do tratamento de que necessita o agente inimputável ou semi-imputável do fato-crime (REsp. n. 324.091-SP, rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 16-12-03. Disponível em <[www.stj.gov.br/jurisprudência](http://www.stj.gov.br/jurisprudência)>. Acesso em 18 set. 2007).

## DECISÃO

Ante o exposto, deu-se provimento parcial ao recurso para ordenar que o apelante seja submetido a tratamento ambulatorial em substituição à internação.

Participaram do julgamento, realizado no dia 18 de setembro de 2007, os Exmos. Srs. Des. Irineu João da Silva e Torres Marques. Funcionou como representante do Ministério Público o Exmo. Sr. Dr. Humberto Francisco Scharf Vieira.

Florianópolis, 18 de setembro de 2007.

Sérgio Paladino  
PRESIDENTE E RELATOR

**Apelação Criminal n. 2007.046308-3, de Blumenau**

Relator: Des. Sérgio Paladino

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. DESCLASSIFICAÇÃO DO PRIMEIRO PARA O ILÍCITO CAPITULADO NO ART. 28 DA LEI N. 11.343/06. PENA NÃO APLICADA APESAR DA CONDENAÇÃO AO ARGUMENTO DE QUE HAVIA A POSSIBILIDADE DE O ÓRGÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO OFERECER PROPOSTA DE TRANSAÇÃO PENAL. PRESTAÇÃO JURISDICIONAL INCOMPLETA. NULIDADE DA SENTENÇA, CUJA DECLARAÇÃO, DE OFÍCIO, TORNA-SE IMPERATIVA. DICÇÃO DOS ARTS. 387, INCISO III, E 564, INCISO IV, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. RECURSO PREJUDICADO.

“A sentença que desclassifica a conduta de tráfico de entorpecentes para o crime previsto no art. 16 da Lei n. 6.368/76, sem contudo determinar a pena, aguardando uma eventual proposta de suspensão do processo, é eivada de nulidade absoluta” (Jurisprudência Mineira, v. 143, p. 275-276).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2007.046308-3, da comarca de Blumenau (1ª Vara Criminal), em que é apelante a Justiça, por seu Promotor, e apelado Diego André Cunha:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por maioria de votos, declarar, de ofício, a nulidade da sentença, ficando prejudicado o recurso. Custas na forma da lei.

**RELATÓRIO**

Na comarca de Blumenau, o representante do Ministério Público ofereceu denúncia contra Diego André Cunha, imputando-lhe a prática dos crimes capitulados no art. 33, *caput*, combinado com o art. 40, inciso III,

ambos da Lei n. 11.343/06, e no art. 14 da Lei n. 10.826/03. Descreveu assim o evento, *ipsis litteris*:

Decidido em auferir lucro na mercancia ilícita de substâncias entorpecentes, o denunciado Diego André Cunha deliberou em comercializar a erva *Cannabis Sativa Linneu*, popularmente conhecida como maconha – tóxico capaz de causar dependência física e/ou psíquica – a usuários em geral, sem qualquer autorização ou determinação legal ou regulamentar.

Foi assim que, no dia 9 de março de 2007, por volta das 23h30min, Policiais Militares em ronda avistaram o denunciado nas imediações da Escola Básica Municipal Willhelm Theodor Shurmann – CAIC Margem Esquerda, e procederam à sua abordagem, haja vista que ele, em atitude suspeita, tentou se evadir do local ao divisar a viatura da Polícia.

Ato contínuo, ao efetuarem busca pessoal, os referidos agentes públicos constataram que o denunciado trazia consigo 13 (treze) pequenos pedaços de maconha, fracionados em doses individuais prontas para a comercialização, perfazendo o total de 45,72g (quarenta e cinco gramas e setenta e dois centigramas).

Nesta mesma abordagem, os milicianos apreenderam o revólver marca Rossi, calibre .22, n. A868783, municiado com um projétil, que Diego portava à cintura, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar (fls. 2-3).

Homologado o auto de prisão em flagrante (fl. 32), vieram aos autos o laudo pericial de identificação de substância entorpecente (fls. 39-42) e a defesa prévia apresentada pelo réu (fls. 50-51).

Recebida a denúncia (fl. 52), realizou-se o interrogatório (fls. 97-99). Promoveu-se, ato contínuo, a inquirição das duas testemunhas arroladas na exordial (fls. 100-101) e de duas das testemunhas indicadas na peça de resistência (fls. 102-103), desistindo Diego quanto à remanescente (fl. 96).

Ofertadas as derradeiras alegações, por memoriais e na ordem legal (fls. 106-110 e 116-118), sobreveio a sentença, por meio da qual o Dr. Juiz de Direito acolheu, em parte, a denúncia e condenou Diego às penas de 2

(dois) anos de reclusão, para cujo resgate estipulou o regime inicial aberto, e 66 (sessenta e seis) dias-multa, no valor unitário correspondente ao mínimo legal, pelo cometimento do crime definido no art. 14 da Lei n. 10.826/03; desclassificou a infração prevista no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06 para a capitulada no art. 28 do mesmo diploma, deixando de aplicar a sanção ao argumento de que o réu preenchia os requisitos para a obtenção do benefício da transação penal, facultando, em virtude disso, ao representante do Ministério Público a respectiva proposição (fls. 119-129).

Inconformado, o *dominus litis* apelou, objetivando, no que pertine à desclassificação operada na sentença, o restabelecimento da definição jurídica atribuída ao fato pela denúncia. Argumentou que a prova amealhada demonstra, inequivocamente, tanto a materialidade quanto a autoria da conduta incriminada no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06 (fls. 141-145).

Ofertadas as contra-razões (fls. 155-158), os autos ascenderam a esta Corte.

Instada a manifestar-se, fê-lo a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer do Dr. Raul Schaefer Filho, pelo conhecimento e desprovimento do apelo.

## VOTO

O apelo fica prejudicado em face da nulidade absoluta que macula a sentença.

Com efeito, ao desclassificar o delito de tráfico para o contemplado no art. 28 da Lei n. 11.343/06, o Dr. Juiz *a quo* deixou de aplicar a sanção correspondente à consideração de que havia a possibilidade de o órgão do Ministério Público propor-lhe a transação penal.

O veredicto que condenou Diego sem lhe impor a respectiva sanção no tocante a um dos crimes padece de nulidade, visto que incumbe ao magistrado aplicá-la, no cumprimento do ofício jurisdicional, como corolário do acolhimen-

to da pretensão punitiva deduzida pelo Estado. A sua omissão configura o vício contemplado no art. 564, inciso IV, do Código de Processo Penal, resultante da ausência do requisito exigido pelo art. 387, inciso III, do mencionado digesto, que se constitui em *conditio sine qua non* para a respectiva validade.

A propósito, assentou a jurisprudência:

TRÁFICO DE ENTORPECENTE – DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME PREVISTO NO ART. 16 DA LEI N. 6.368/76 – SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO – IMPOSSIBILIDADE – SENTENÇA QUE NÃO CONTÉM PARTE DISPOSITIVA – NULIDADE DECLARADA DE OFÍCIO.

A sentença que desclassifica a conduta de tráfico de entorpecente para o crime previsto no art. 16 da Lei n. 6.368/76, sem contudo determinar a pena, aguardando uma eventual proposta de suspensão do processo, é eivada de nulidade absoluta. Nulidade da sentença declarada de ofício (Jurisprudência Mineira, v. 143, p. 275-276).

No mesmo sentido: Ap. Crim. n. 2003.016443-0, de Itajaí, deste Relator; Ap. Crim. n. 2000.000232-1, de Itajaí, rel. Des. Jorge Mussi; e Ap. Crim. n. 2003.019842-3, de Blumenau, rel. Des. Irineu João da Silva.

## DECISÃO

Ante o exposto, declarou-se, de ofício, a nulidade da sentença, e reputou-se prejudicado o apelo.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Irineu João da Silva e, com voto vencido, o Exmo. Sr. Des. Torres Marques. Emitiu parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Dr. Raul Schaefer Filho.

Florianópolis, 6 de novembro de 2007.

Sérgio Paladino  
PRESIDENTE E RELATOR

**SEGUNDA VICE-PRESIDÊNCIA  
DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

---





## MEDIDA CAUTELAR EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

### **Medida Cautelar em Recurso Extraordinário em Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2005.007821-1/0002.00, da Capital**

Requerente: Estado de Santa Catarina

Procurador: Dr. Leandro da Silva Zanini

Requerido: Ministério Público do Estado de Santa Catarina

Procurador: Dr. Tycho Brahe Fernandes

Interessado: Governador do Estado de Santa Catarina

#### DESPACHO

O Estado de Santa Catarina ajuizou medida cautelar objetivando, em síntese, a concessão de liminar para dar efeito suspensivo ao recurso extraordinário interposto (fls.166-182), consistente em “suspender os efeitos do acórdão proferido na ação direta de inconstitucionalidade promovida pelo Ceccon – Coordenador Geral do Centro de Apoio Operacional do Controle de Constitucionalidade” (fl. 5).

Aduz que se encontram presentes os pressupostos da medida cautelar, pois, além de o STF recentemente ter decidido (a cópia não foi colacionada) que a cobrança da taxa de segurança contra incêndios “não viola a Constituição Federal”, o não-recolhimento “poderá inviabilizar as atividades desenvolvidas pelos Bombeiros, com sérios prejuízos à sociedade catarinense” (fls. 9 e 11).

Requeru, ao final, a procedência da ação, juntando, para tanto, os documentos de fls. 14-187.

É o relatório.

A pretensão cautelar, que tem como escopo a atribuição de efeito suspensivo ao extraordinário, investe contra acórdão do Tribunal Pleno que, por unanimidade, houve por bem, “com supedâneo no art. 12 da Lei n. 12.069/01, rejeitar as preliminares argüidas e, no mérito, julgar procedentes os pedidos para declarar inconstitucional os incisos III e V do art. 1º e arts. 14, 15, 16, 21, 22 e 23 da Lei Estadual n. 7.541, de 30 de dezembro de 1988 e a Lei Estadual n. 12.064, de 27 de dezembro de 2001” (fls.104-118).

A decisão colegiada acima aludida teve como sustentáculo dispositivos da Carta Estadual e da Federal, além de jurisprudência do próprio Supremo Tribunal Federal, no sentido de que:

A taxa de segurança contra incêndios e segurança ostensiva contra delitos não se amolda à conceituação constitucional deste tributo (art. 145, inc. II, da CF e 125, inc. II, da CE), uma vez que se trata de serviços *uti universi* e não *uti singuli*, ou seja, não se pode distinguir os contribuintes que usufruem do benefício de segurança pública, uma vez que as funções da Polícia Civil, Polícia Militar e do Corpo de Bombeiros, *ex vi* dos arts. 106, 107 e 108 da Constituição Estadual, irradiam-se para toda a coletividade e não para um grupo de pessoas (fl. 112).

Portanto, não há no aresto nenhuma carga de teratologia ou erro manifesto.

Assim, a pretensão do autor esbarra no primeiro óbice à concessão da cautelar, qual seja a falta de teratologia, erro grave, omissão voluntária, ou inversão da ordem processual, únicas aptas a derogar os efeitos do acórdão. Ademais – e no plano conseqüente – tenta, além de criar mais um recurso no segundo grau, rediscutir a matéria de fundo, que, diga-se de passagem, deverá ser alvo de análise pela Corte Superior à qual foi dirigido o extraordinário. Com efeito, medida cautelar, que não possui, como no caso, função cognitiva, não pode servir de obstáculo ao julgamento da

lide pela simples convicção do postulante de que o seu recurso (consoante declinado à fl. 11) “seguramente será provido pelo STF”.

Com a devida vênia, tenho reiteradamente sustentado que atender à pretensão na forma como está sendo postulada é criar nova instância sem característica de recurso no decorrer do processamento do pleito extremo, o que contraria o espírito do Estatuto Adjetivo, que dispõe no artigo 542, § 2º: “os recursos extraordinário e especial serão recebidos no efeito devolutivo”, não sendo bastante para reverter tal assertiva as decisões mencionadas às fls. 5-8, por serem originárias do STF.

Por fim, processado o extraordinário (em que alegada ofensa aos artigos 125, II, da CE e 145, II, da CF — fls. 171 e 178) e feita a admissibilidade, o requerente poderá ajuizar medida cautelar perante os tribunais superiores.

Ausentes, pois, os pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo, indefiro a inicial e, conseqüentemente, julgo extinto o processo cautelar (art. 267, I e IV, do CPC).

Custas na forma da lei.

Publique-se.

Intimem-se.

Florianópolis, 19 de novembro de 2007.

Cláudio Barreto Dutra  
2º VICE-PRESIDENTE

## RECURSO ESPECIAL EM APELAÇÃO CÍVEL

### **Recurso Especial em Apelação Cível n. 2006.038453-3/0002.00, de Tubarão**

Recorrente: Bradesco BCN Leasing S.A. Arrendamento Mercantil

Advogados: Drs. Napoleão Xavier do Amarante e outro

Recorrido: Município de Tubarão

Advogada: Dra. Letícia Bianchini da Silva

#### DESPACHO

Bradesco BCN Leasing S.A. Arrendamento Mercantil aponta, no especial (alíneas *a* e *c*), nulidade do acórdão por negativa de vigência ao art. 535, II, do CPC e contrariedade aos arts. 110 e 148 do CTN, 8º, 9º, *caput*, e 12, *a*, do Decreto-Lei n. 406/68, bem como interpretação divergente em outros tribunais (fls. 491-522).

Nas contra-razões, o Município pede a não-admissão (fls. 665-677), e o Ministério Público manifesta-se no mesmo sentido (fls. 681-685).

É o relatório.

O recurso não pode prosseguir.

Segundo reiteradas decisões do Superior Tribunal de Justiça, não há ofensa ao art. 535, II, do CPC quando o Tribunal, embora sucintamente, pronuncia-se sobre a questão posta nos autos, pois o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que a fundamentação utilizada tenha sido bastante para pôr fim à contenda.

Pressuposto inarredável para se admitir o reclamo com amparo no referido dispositivo é que a apontada omissão deva ser manifesta,

ou seja, imprescindível para o enfrentamento da matéria no tribunal destinatário do recurso. No caso, não é o que se verifica. A decisão está devidamente fundamentada e enfrentou a questão posta nos autos.

No mais, decidiu recentemente o STJ que a competência para apreciar eventual violação ao art. 110 do CTN refoge do âmbito de abrangência atribuída àquela Corte, tendo em vista que referido dispositivo apenas torna explícita norma constitucional de caráter supremo, cuja apreciação deve ser submetida ao Supremo Tribunal Federal, o que torna, por conseqüência, inviável a apreciação da sustentada violação ao art. 8º do Decreto-Lei n. 406/68:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ART. 110 DO CTN. MERA REPRODUÇÃO DO PRINCÍPIO DA SUPREMACIA CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE DE EXAME POR ESTA CORTE. ISS. LOCAÇÃO DE BEM MÓVEL. NÃO INCIDÊNCIA. 1. A apontada violação ao art. 110 do CTN não pode ser analisada em sede de recurso especial, uma vez que tal dispositivo, sendo mera explicitação do princípio da supremacia da Carta Magna, possui nítida carga constitucional. Precedente da Turma (REsp. n. 623.158/MG, rel. Min. Castro Meira, DJU 30-5-2006, p. 135).

Igualmente, não merece trânsito o reclamo que pretenda conferir ao caso prático exegese de lei federal pacificada no Superior Tribunal de Justiça. Assim, uma vez consolidada a tese, é dispensável novo debate da matéria por aquela Corte, consoante o enunciado da Súmula 83: “Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida”.

Ressalte-se que o enunciado de tal Súmula tem sido admitido pelo Superior Tribunal de Justiça também nas hipóteses de recurso fundado na alínea *a*.

O julgado adotou orientação no sentido de reconhecer a ocorrência do fato gerador do ISS nas operações de *leasing*, matéria já

sumulada: “O ISS incide na operação de arrendamento mercantil de coisas móveis” (Súmula 138).

Confira-se:

[...] 2. “O ISS incide na operação de arrendamento mercantil de coisas móveis”(Súmula 138/STJ) e não o ICMS haja vista que, no caso, inócorre a circulação de mercadorias, uma vez que não há transferência do domínio do bem.

3. O contrato de *leasing*, não se caracteriza como de compra e venda pois não ocorre a transferência do domínio do bem adquirido, inócorrendo, assim, o fato imponível do ICMS.

4. Não há circulação de mercadoria no caso de bem adquirido em operação de arrendamento mercantil. Destarte, o disposto no art. 3º, inciso VIII, da LC n. 87/96 não faz qualquer restrição para a não incidência do ICMS sobre se o bem arrendado provém ou não do exterior (REsp. n. 439.884/SP, rel. Min. Luiz Fux, j. 7-11-2002, publ. DJ 2-12-2002, p. 251, e RSTJ v. 172, p. 212, dentre outros: REsp. n. 162.741/SP, rel. Min. Francisco Peçanha Martins, j. 1º-3-2001, publ. DJ 23-4-2001, p. 126; RJADCOAS v. 24, p. 67; e RSTJ v. 145, p. 207).

Se a jurisprudência dos tribunais superiores é contrária à tese jurídica do recurso especial ou extraordinário, como é o caso, estes ficam sem espaço para análise (STJ — Ag n. 74.56/SP, DJU 1º-2-91, p. 453; Ag n. 76.25/SP, DJU 8-2-91, p. 772).

A pretensão amparada em contrariedade ao art. 12, *a*, do Decreto-Lei n. 406/68 encontra óbice na Súmula 7 do STJ: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”.

A propósito:

TRIBUTÁRIO. ISS. COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA. LOCAL DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. REEXAME DE PROVA. SÚMULA 7/STJ. DISSÍDIO NÃO CONFIGURADO. 1. Para determinar-se o local em que foram prestados os serviços e, conseqüentemente, definir de quem seria a competência para cobrança do ISS, necessária se faz a apreciação das provas acos-

tadas aos autos, o que é inviável na atual instância, em razão do óbice da Súmula 7/STJ. 2. Não foram cumpridas as formalidades do parágrafo único do art. 541 do CPC e do 255 do RISTJ. A recorrente limitou-se a transcrever um trecho do paradigma sem realizar o necessário cotejo analítico com o aresto atacado. 3. Recurso especial não conhecido (REsp. n. 264.726/MG, rel. Min. Castro Meira, j. 27-9-2005, publ. DJ 10-10-2005, p. 273).

PROCESSUAL CIVIL. ISS. COBRANÇA. LOCAL DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. SÚMULAS 5 E 7/STJ. 1. O recurso especial não é sede própria para o exame de questão relativa à determinação do local competente para a cobrança do ISS se, para tanto, faz-se necessário revolver circunstâncias fático-probatórias, assim interpretar cláusula constante em estatuto social de empresa. Inteligência das Súmulas 5 e 7/STJ. 2. Agravo regimental não-provido (AgRg no Ag n. 632.842/PR, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 14-6-2005, publ. DJ 22-8-05, p. 210).

Acerca do debate sobre o local da ocorrência do fato gerador do tributo,

“As duas Turmas que compõem a Primeira Seção desta Corte, mesmo na vigência do art. 12 do Decreto-Lei n. 406/68, revogado pela Lei Complementar n. 116/2003, pacificaram entendimento no sentido de que a Municipalidade competente para realizar a cobrança do ISS é a do local da prestação dos serviços, onde efetivamente ocorre o fato gerador do imposto” (RMS 17.156/SE, rel. Min. Castro Meira, DJ 20-9-2004). Agravo regimental improvido (AgRg no Ag n. 636.599/MG, rel. Min. Franciulli Netto, j. 15-3-2005, publ. DJ 30-5-2005, p. 302).

No mesmo sentido:

Cinge-se a controvérsia à fixação da competência para cobrança do ISS, se é do Município onde se localiza a sede da empresa prestadora de serviços, conforme determina o artigo 12 do Decreto-Lei n. 406/68, ou do Município onde aqueles são prestados. A egrégia Primeira Seção desta colenda Corte Superior de Justiça pacificou o entendimento de que o Município competente para realizar a cobrança do ISS é o do local da prestação dos serviços em que se deu a ocorrência do fato gerador do imposto. Essa interpretação harmoniza-se com o disposto no artigo 156, III, da Constituição Federal, que atribui ao Município o poder de

tributar as prestações ocorridas em seus limites territoriais. *In casu*, incide o óbice disposto na Súmula 83 deste Sodalício, *verbis*: “Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida”. Agravo regimental provido, para conhecer do agravo de instrumento, mas negar provimento ao recurso especial interposto pela Sul América Serviços Médicos Ltda. (AgRg no Ag n. 607.881/PE, rel. Min. Franciulli Netto, j. 22-3-2005, publ. DJ 20-6-2005, p. 209).

TRIBUTÁRIO. ISS. COBRANÇA. LOCAL DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA MANTIDOS. IMPROVIMENTO. 1. O Município competente para realizar a cobrança do ISS é do local da prestação dos serviços, onde se deu efetivamente a ocorrência do fato gerador do imposto. 2. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no Ag n. 595.028/RJ, rel. Min. José Delgado, j. 16-11-2004, publ. DJ 29-11-2004, p. 239).

No que tange aos arts. 148 do CTN e 9º do Decreto-Lei n. 406/68, não encontra melhor destino, pois não logrou demonstrar no que teria consistido a contrariedade direta e frontal aos referidos dispositivos, diante da regularidade do procedimento adotado pelo Fisco.

“[...] O arbitramento previsto no art. 148 do CTN, para efeito de fixação do ISS de empresa prestadora de serviços, há de levar em conta o valor ou o preço desses serviços e não as despesas efetuadas pela empresa” (REsp. n. 200.249/SP, rel. Min. Francisco Peçanha Martins, j. 13-2-2001, publ. DJ 19-3-2001, p. 96; RDDT v. 68, p. 181; e RT v. 792, p. 217), o que ocorreu na hipótese, já que o Fisco, valendo-se do arbitramento, considerou não o valor do veículo propriamente dito, pois de compra e venda não se trata, mas o somatório das prestações de *leasing*, acrescido de um percentual relativo aos encargos financeiros incidentes.

Por fim, quanto à alínea *c*, não foram cumpridas as formalidades do parágrafo único do art. 541 do CPC e do 255 do RISTJ. A recor-



rente limitou-se a transcrever trechos dos paradigmas sem realizar o necessário cotejo analítico com o aresto atacado, não fosse o acórdão impugnado estar, em todos os temas abordados no recurso, afinado com a jurisprudência iterativa do STJ.

Diante do exposto, nego seguimento.

Publique-se.

Intimem-se.

Florianópolis, 17 de dezembro de 2007.

Cláudio Barreto Dutra  
2º VICE-PRESIDENTE

## RECURSO ESPECIAL EM APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA

### Recurso Especial em Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2006.001034-6/0001.00, de Itajaí

Recorrente: Estado de Santa Catarina

Procurador: Dr. Ricardo de Araújo Gama

Recorrido: Hotel Morro do Sol Ltda.

Advogados: Drs. Narciso Roque Schiessl Filho e outro

Interessado: Ministério Público do Estado de Santa Catarina

Procurador: Dr. Paulo Roberto Speck

#### DESPACHO

O Estado de Santa Catarina interpôs recurso especial (alínea *a*) de acórdão da Primeira Câmara de Direito Público que negou provimento ao apelo (fls. 138-148).

Apontou violação ao artigo 13 da Lei Complementar n. 87/96.

Com as contra-razões (fls. 187-194), a Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pela não-admissão (fls. 212-215).

É o relatório.

A controvérsia gravita em torno da incidência do ICMS sobre energia elétrica, se deve recair apenas sobre a efetivamente consumida ou sobre a demanda reservada, que é o total de energia colocada à disposição do consumidor.

*In casu*, ao contrário do afirmado, não se verifica violação ao dispositivo da Lei Complementar n. 87/96, pois a decisão reflete com exatidão o entendimento pacífico do STJ no sentido de que o ICMS deve incidir somente sobre o valor da energia elétrica efetivamente consumida, e não sobre o *quantum* contratado ou disponibilizado independentemente do efetivo consumo.

Confira-se:

Não se admite, para o efeito de cálculo de ICMS sobre transmissão de energia elétrica, o critério de Demanda Reservada ou Contratada (o ICMS aplicado sobre o *quantum* contratado ou disponibilizado, independentemente do efetivo consumo), uma vez que esse tributo somente deve incidir sobre o valor correspondente à energia efetivamente consumida. Precedente: REsp. n. 647.553/ES, Primeira Turma, rel. Min. José Delgado, DJU de 23-5-2005 (REsp. n. 806.281/SC, rel. Min. Teori Zavascki, Primeira Turma, DJU 11-5-2006, p. 171).

Nesse contexto, o reclamo esbarra no enunciado da Súmula 83 do STJ: “Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida”, também admitido nas hipóteses de recurso fundado na alínea *a*.

Nesse sentido:

Estando o acórdão recorrido em consonância com a jurisprudência desta Corte de Justiça incide, na espécie, o óbice contido no Enunciado n. 83 da Súmula do STJ (AgRg no Ag n. 675.013/SE, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, DJU 3-4-2006, p. 392).

A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça firmou já entendimento no sentido de que o Enunciado n. 83 de sua Súmula não se restringe aos recursos especiais interpostos com fundamento na alínea *c* do permissivo constitucional, sendo também aplicável nos recursos fundados na alínea *a* (AGA n. 507.707/SP, rel. Min. Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, DJU 2-2-2004, p. 377).

Diante do exposto, nego seguimento.

Publique-se.

Intimem-se.

Florianópolis, 10 de novembro de 2006.

Cláudio Barreto Dutra  
2º VICE-PRESIDENTE



**TERCEIRA VICE-PRESIDÊNCIA  
DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

---



## RECURSOS ESPECIAIS EM AGRAVO

### **Recurso Especial em Agravo (§ 1º art. 557 do CPC) em Apelação Cível n. 2007.012234-5/0001.01, de Otacílio Costa**

Recorrente: BV Financeira S.A. — Crédito, Financiamento e Investimento

Advogados: Drs. Cleuza Viana da Silva e outros

Recorrido: Centro de Formação de Condutores Evelyn Ltda.

Advogado: Dr. Edson Antônio Lima

#### DESPACHO

I - BV Financeira S.A. — Crédito, Financiamento e Investimento interpôs recurso especial, com fulcro no art. 105, III, alínea *a*, da Constituição Federal, em razão do acórdão de fls. 292-298 que, por votação unânime, negou provimento ao agravo inominado ajuizado contra decisão monocrática de fls. 249-266, que deu parcial provimento às apelações cíveis para possibilitar a inscrição do nome da ora recorrida nos órgãos de proteção creditícia, vedada a aplicação da multa diária; manter as taxas de juros remuneratórios; permitir a cobrança da comissão de permanência no período do inadimplemento da obrigação, calculada pela taxa de juros remuneratórios pactuada, afastados os juros remuneratórios, a correção monetária, os juros de mora e a multa moratória.

A recorrente alegou, em síntese, que o acórdão atacado violou os arts. 876 do atual Código Civil; 20, II, do Código de Processo Civil; 41 e 42 do Código de Defesa do Consumidor; 3º, II, 4º, 9º e 10 da Lei n. 4.595/94; e a Súmula 596 do STF.

Não foram apresentadas as contra-razões (fl. 313).

II - A insurgência não merece ascender quanto à sustentada ofensa aos arts. 876 do CC/02; 20, II, do CPC; 41 e 42 do CDC; e 3º, II, 4º, 9º

e 10 da Lei n. 4.595/94, por óbice das Súmulas 282 e 356, ambas do STF, aplicáveis analogamente ao caso dos autos, porquanto ausente um de seus requisitos específicos de admissibilidade, qual seja, o prequestionamento dos dispositivos mencionados, em razão do acórdão recorrido não ter-se manifestado sobre eles.

Acerca da matéria, colhe-se decisão do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA. SÚMULAS 282 E 356/STF E 7/STJ.

1. O prequestionamento é requisito essencial para se conhecer do recurso especial pela alínea *a* do permissivo constitucional.
2. Para que haja o prequestionamento da matéria é necessário que a questão tenha sido objeto de debate, à luz da legislação federal indicada, com a imprescindível manifestação pelo Tribunal de origem, o qual deverá emitir juízo de valor acerca dos dispositivos legais, ao decidir pela sua aplicação ou seu afastamento em relação ao caso concreto (REsp. n. 923.087/RS, Min. Castro Meira, DJU de 28-5-07, p. 316).

E, ainda:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. [...] AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356 DO STF. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO ANALÍTICA DO DISSÍDIO.

[...] É inviável a apreciação, em sede de Recurso Especial, de matéria sobre a qual não se pronunciou o tribunal de origem, porquanto indispensável o requisito do prequestionamento. Ademais, como de sabença, “é inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada na decisão recorrida, a questão federal suscitada” (Súmula 282/STF), e “o ponto omissa da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento” (Súmula 356/STJ) (REsp. n. 751.432/RJ, Min. Luiz Fux, DJU de 25-6-07, p. 220).



Do mesmo modo, quanto à alegada violação à Súmula 596 do STF, o reclamo não pode prosperar, pois esta não se enquadra na definição de lei, como exige a Constituição Federal.

Nesse sentido, haure-se da jurisprudência:

A alegada violação de enunciado de Súmula não enseja o recurso especial, pois esta não se enquadra no conceito de lei previsto no artigo 105, III, *a*, da Constituição Federal. Recurso especial não conhecido (REsp. n. 903.047/PR, Min. Humberto Martins, DJU de 30-3-07).

III – Ante o exposto, não se admite o recurso.

Intimem-se.

Florianópolis, 19 de dezembro de 2007.

Des. Wilson Augusto do Nascimento  
3º VICE-PRESIDENTE

**Recurso Especial em Agravo (§ 1º art. 557 do CPC) em Apelação Cível n. 2007.025551-0/0002.01, de Blumenau**

Recorrente: Brasil Telecom S.A.

Advogados: Drs. Karlo Koiti Kawamura e outros

Recorrido: Nilberto Prada Búrigo

Advogado: Dr. Nilberto Prada Búrigo

**DESPACHO**

I – Brasil Telecom S.A. interpôs recurso especial, com fulcro no art. 105, III, alínea *a*, da Constituição da República, em razão do acórdão de fls. 257-260 que, por votação unânime, negou provimento ao agravo seqüencial.

A recorrente alegou, em síntese, que o acórdão atacado violou os arts. 27 do Código de Defesa do Consumidor, 287, II, *g*, da Lei n. 6.404/76 e 557, § 2º, do Código de Processo Civil.

Não foram apresentadas as contra-razões.

II – A insurgência não pode ser admitida pela alegada contrariedade aos arts. 287, II, *g*, da Lei n. 6.404/76 e 27 do Código de Defesa do Consumidor, por óbice da Súmula 83 do Superior Tribunal de Justiça, porquanto a decisão recorrida está em consonância com a jurisprudência daquela Corte, conforme precedentes:

1) AgRg no REsp. n. 845.763/RS, rel. Min. Fernando Gonçalves, DJU 1º-10-2007:

**COMERCIAL. AÇÕES. SUBSCRIÇÃO. COMPLEMENTAÇÃO. BRASIL TELECOM. PRESCRIÇÃO.**

1 — Esta Corte firmou entendimento no sentido da não aplicação do lapso temporal previsto no art. 287, II, *g*, da Lei n. 6.404/76, introduzido pela Lei n. 10.303/01, porquanto trata-se de direito obrigacional decorrente de contrato de participação financeira e

não societário. Desta forma, incide, na espécie, a prescrição prevista no art. 177 do Código Civil de 1916 e nos arts. 205 e 2.028 do Código Civil de 2002.

2 – Agravo regimental desprovido.

2) Ag n. 872.756/RS, rel. Min. Helio Quaglia Barbosa, DJU 4-5-2007:

Vale ressaltar, ainda, que a eg. Segunda Seção desta Corte já manifestou entendimento parelho, ao analisar o art. 286 da referida lei, pronunciando que a ação que objetiva a subscrição de ações não visa a anulação de decisões tomadas pela Assembléia-Geral, tratando-se de ação de natureza pessoal e dando ensejo à prescrição, conforme disposto no art. 177 do Código Civil de 1916. Nesse sentido:

“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. DIREITO COMERCIAL E PROCESSUAL CIVIL. SUBSCRIÇÃO DE AÇÕES. VALOR PATRIMONIAL DA AÇÃO E CORREÇÃO MONETÁRIA. CORRELAÇÃO. INEXISTÊNCIA. INOVAÇÃO. PRESCRIÇÃO. ART. 27 DO CDC. INAPLICABILIDADE.

1. [...]

2. [...]

3. Nos casos em que se discute a diferença de subscrição de ações em contrato de participação financeira, a regra prescricional aplicável é a relativa às ações pessoais, nos termos do art. 177, do CCB. Embargos declaratórios recebidos como agravo regimental e improvido” (EdclAg n. 578.703/RS, relator Ministro Barros Monteiro, DJ de 10-4-2004). Também, é válido destacar o julgamento do REsp. n. 822.914/RS, em 1º-6-2006, quando a eg. Terceira Turma deste Sodalício decidiu pela inaplicabilidade do Art. 287, II, g, da Lei n. 6.404/76.

No mesmo sentido: REsp. n. 991.553, rel. Min. Massami Uyeda, DJU 7-2-2008; Ag n. 984.274, rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, DJU 7-2-2008; Ag n. 983.010, rel. Min. João Otávio de Noronha, DJU 7-2-2008; Ag n. 983.002, rel. Min. Fernando Gonçalves, DJU 1º-2-2008.

Por fim, o recurso tem sua admissibilidade vedada quanto ao art. 557, § 2º, do Código de Processo Civil, porquanto verifica-se que a aná-

lise relativa à violação desse dispositivo infraconstitucional demandaria o reexame do acervo fático-probatório da lide, o que é expressamente vedado em sede de recurso especial, por força do disposto na Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça.

Nesse sentido, colaciona-se precedente em REsp. n . 904.973/SP, rel. Min. Castro Meira, DJU 22-3-2007:

PROCESSUAL CIVIL. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. ARTS. 458 E 557 DO CPC. SÚMULA 7/STJ.

1. Não há cerceamento de defesa quando a lide é apreciada de forma fundamentada, não estando o Juiz obrigado a analisar todos os pontos suscitados pelas partes.
2. A pretensão de se afastar a multa aplicada em decorrência da litigância de má-fé depende do revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos, o que esbarra no óbice da Súmula 7 deste Tribunal.
3. Recurso especial improvido.

III – Ante o exposto, não se admite o recurso.

Intimem-se.

Florianópolis, 17 de março de 2008.

Des. Nelson Schaefer Martins  
3º VICE-PRESIDENTE

**Recurso Especial em Agravo de Instrumento n. 2007.028970-0/0003.00, de Brusque**

Recorrente: Caixa Seguradora S.A.

Advogados: Drs. Milton Luiz Cleve Küster e outros

Recorrido: Márcio Galassini

Advogado: Dr. Jonatas Rauh Probst

Interessada: Caixa Econômica Federal – CEF

Advogada: Dra. Joyce Helena de Oliveira Scolari

**DESPACHO**

I – Caixa Seguradora S.A. interpôs recurso especial, com fulcro no art. 105, III, alíneas *a* e *c*, da Constituição da República, em razão do acórdão de fls. 308-318 que, por votação unânime, negou provimento ao agravo de instrumento oposto contra o despacho interlocutório proferido nos autos da ação ordinária de responsabilidade obrigacional securitária, o qual afastara as preliminares de ilegitimidade passiva *ad causam*, falta de interesse de agir, litisconsórcio passivo necessário da Cohab e da Caixa Econômica Federal – CEF.

Os embargos de declaração opostos às fls. 320-332 foram rejeitados pelo acórdão de fls. 335-339.

II – O recurso foi proposto em virtude de decisão interlocutória proferida em processo de conhecimento, amoldando-se ao art. 542, § 3º, do CPC. Observa-se que a apreciação deste, tão-somente, ao final não acarretará ineficácia do provimento ou lesão irreparável à recorrente, de modo que não está, assim, dentre as hipóteses em que a jurisprudência entende deva ser dado processamento imediato ao reclamo retido.

Acerca da matéria objeto do presente recurso, haurem-se os precedentes:

1) AgRg em Ag n. 454.430/SC, rel. Min. Castro Filho, j. 28-6-2006, DJU 11-9-2006:

AGRAVO INTERNO. PROCESSUAL CIVIL. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA. LEGITIMIDADE PASSIVA. RECURSO ESPECIAL RETIDO.

Nos termos do artigo 542, § 3º, do CPC, o recurso especial interposto contra decisão interlocutória que, nos autos de processo de conhecimento, reconheceu a legitimidade passiva *ad causam*, deve ficar retido nos autos, aguardando a interposição do recurso contra a decisão final.

Precedentes. Agravo improvido.

2) Ag n. 959.174, rela. Mina. Nancy Andrichi, decisão monocrática, j. 13-12-2007, DJU 1º-2-2008:

[...] Nos termos do art. 542, § 3º, do CPC, o recurso especial, quando interposto contra decisão interlocutória em processo de conhecimento, cautelar, ou embargos à execução, ficará retido nos autos e somente será processado se o reiterar a parte, no prazo para a interposição do recurso contra a decisão final, ou para as contra-razões.

No processo em análise, verifica-se que o recurso especial impugna acórdão proferido em sede de agravo de instrumento, que discute a legitimidade passiva *ad causam*, hipótese em que se aplica o mencionado dispositivo legal, na esteira dos seguintes precedentes: AGREsp n. 90.975, rel. Min. Castro Filho, DJ de 28-10-2002; AGRMC n. 3.604, rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, DJ de 8-4-2002; AGA n. 282.734, rel. Min. Waldemar Zveiter, DJ de 27-8-2001; AG n. 542.749, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 25-11-2003.

Dessa forma, determino a retenção do recurso especial e a remessa deste processo ao Tribunal de origem para que seja apensado ao processo principal, sujeitando-se a apreciação do recurso especial, objeto deste agravo, à reiteração do pedido pela parte interessada na eventual interposição de recurso especial contra a decisão final, ou nas contra-razões, a teor do art. 542, § 3º, do CPC.

III – Ante o exposto, determina-se que o recurso especial fique retido nos autos, salientando que o futuro processamento deste seguirá o disposto na parte final do § 3º do art. 542 do CPC.

Intimem-se.

Florianópolis, 17 de março de 2008.

Des. Nelson Schaefer Martins  
3º VICE-PRESIDENTE

## **Recurso Especial em Apelação Cível n. 2007.025270-3/0001.00, de São José**

Recorrente: Caixa Seguradora S. A.

Advogados: Drs. Milton Luiz Cleve Küster e outros

Recorridos: Cecília Maria de Souza Belletti e outros

Advogados: Drs. Jonatas Rauh Probst e outro

### DESPACHO

I – Caixa Seguradora S. A. interpôs recurso especial, com fulcro no art. 105, III, alíneas *a* e *c*, da Constituição da República, contra o acórdão de fls. 648-667 que, por votação unânime, rejeitou a pretensão da Caixa Econômica Federal de ingressar na lide e negou provimento ao agravo retido e à apelação cível da ora recorrente. *Ex officio*, condenou a seguradora ao pagamento de multa de 1% (um por cento) e indenização de 20% (vinte por cento), ambas sobre o valor da causa, nos termos dos arts. 17 e 18 do Código de Processo Civil, respectivamente, em razão da litigância de má-fé.

A insurgente alegou, em síntese, que o acórdão atacado violou os arts. 3º e 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor; 17 e 47 do Código de Processo Civil; e 784 do Código Civil de 2002, bem como as Súmulas 150 e 327 do STJ.

Asseverou, ainda, haver divergência jurisprudencial no tocante à participação da Caixa Econômica Federal no pólo passivo da demanda; à incidência do Código de Defesa do Consumidor nas ações que envolvam contratos do Sistema Financeiro de Habitação; à aplicação da multa decendial; à ausência de cobertura contratual para os sinistros constatados; e à aplicação da pena de multa por litigância de má-fé.

Foram apresentadas contra-razões às fls. 759-798.



II – O recurso não pode ser admitido quanto à sustentada violação às Súmulas 150 e 327 do STJ, pois essas não se enquadram na definição de lei, como exige a Constituição da República.

Colhe-se julgado do Superior Tribunal de Justiça em Ag n. 910.280/SC, rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, Quarta Turma, j. 1º-8-2007, DJU 17-8-2007:

[...] Quanto à alegada violação a enunciados Sumulares, não se equiparam estes ao conceito de lei ou tratado de que trata o permissivo Constitucional, descabendo a via eleita para julgamento da apontada ofensa. A saber:

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL QUE APONTA VIOLAÇÃO DE CONTEÚDO DE SÚMULA. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE DA QUESTÃO EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. MATÉRIA CONTIDA NA DECISÃO AGRAVADA QUE NÃO FOI INFIRMADA EM SEDE DE AGRAVO DE INSTRUMENTO. IMPOSSIBILIDADE DE APRECIÇÃO.

“1. A alegação de violação de súmulas ou enunciados de tribunais não se assemelha à de dispositivo de lei federal, para fins de cabimento de recurso especial.

“2. É inviável o conhecimento do agravo de instrumento na parte em que não infirma o fundamento da decisão recorrida.

“3. Agravo regimental desprovido” (1ª Turma, AgRg no Ag n. 805.993/RJ, rela. Mina. Denise Arruda, unânime, DJ de 30-11-2006).

A insurgência também não merece ascender relativamente ao art. 784 do Código Civil de 2002, bem como ao dissenso pretoriano concernente à ausência de cobertura contratual para os sinistros constatados, por força da Súmula 282 do STF, aplicável analogamente ao caso dos autos, porque ausente um de seus requisitos específicos de admissibilidade, qual seja, o prequestionamento. É que não se vislumbra no acórdão hostilizado o

debate do conteúdo do artigo dito afrontado, de modo a se poder dizê-lo prequestionado.

Acerca da matéria, colacionam-se excertos:

1) REsp. n. 903.576/RJ, rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, j. 15-5-2007, DJU 14-6-2007:

PROCESSUAL CIVIL. LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. CORREÇÃO MONETÁRIA. INCLUSÃO DOS ÍNDICES EXPURGADOS. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF.

[...]

1. A ausência de debate, na instância recorrida, sobre os dispositivos legais cuja violação se alega no recurso especial atrai, por analogia, a incidência da Súmula 282 do STF.

2) AgRg no Ag n. 813.015/MG, rela. Mina. Eliana Calmon Alves, Segunda Turma, j. 5-12-2006, DJU 2-3-2007:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. SÚMULA 282/STF.

1. Aplicável a Súmula 282/STF quando o Tribunal de origem não emite juízo de valor sobre as teses apresentadas no Recurso Especial.

2. 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.

3. Agravo regimental improvido.

3) Ag n. 845.223/SP, rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, Quarta Turma, j. 30-3-2007, DJU 13-4-2007:

[...] Não se deve olvidar que esse raciocínio também se adota ao dissenso pretoriano. No particular, vem à baía o entendimento segundo o qual “tal como se dá no recurso fundado na letra *a* do inciso III do art. 105 da CF/88, o especial interposto pela alínea

*c* do permissivo constitucional também deve atender à exigência do prequestionamento. Isso porque é impossível haver divergência sobre determinada questão federal se o acórdão recorrido nem sequer chegou a emitir juízo acerca da matéria jurídica. Realmente, para que haja dissídio entre tribunais é necessário que ambos tenham decidido o mesmo assunto de forma diferente. Se o tribunal recorrido não se manifestou sobre o tema tido como interpretado de forma diversa por outra Corte, não há que se falar em dissenso pretoriano. Em suma, o prequestionamento também é necessário quando o recurso especial é aviado pela alínea *c*, pois só existirá divergência jurisprudencial se o aresto recorrido solucionar uma mesma questão federal em dissonância com precedente de outra Corte” (cf. REsp. n. 146.834-SP, rel. Ministro Adhemar Maciel, DJ 2-2-98).

Pelo que precede, não conheço do presente recurso especial.

Se não bastasse, no que tange à discussão em torno da ausência de cobertura contratual para os sinistros constatados (afrenta ao art. 784 do Código Civil de 2002), verifica-se que a irresignação não ascenderia à Corte Superior, conforme disposição das Súmulas 5 e 7 do STJ, uma vez que a decisão atacada amparou-se na interpretação das cláusulas contratuais e no acervo fático-probatório da demanda para emitir juízo de valor acerca da questão.

Sobre o tema, já decidiu a Corte Superior em Ag n. 850.368/PE, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, Terceira Turma, j. 12-6-2007, DJU 22-6-2007:

[...] DECIDO:

Inviável examinar a suposta ofensa aos arts. 1.432, 1.459, do Código Civil de 1916; 757, 784 e 1.460 do Código Civil de 2002.

É que o acórdão recorrido, a partir da interpretação de cláusulas contratuais e administrativas, bem como do exame das provas, concluiu que os vícios de construção do imóvel estão cobertos pelo contrato securitário. Incidem, na espécie, as Súmulas 5 e 7/STJ. Sobre o tema, os seguintes precedentes:

“CIVIL E PROCESSUAL. SEGURO HABITACIONAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. AMEAÇA DE DESMORONAMENTO. CONCLUSÃO DO TRIBUNAL SOBRE HIPÓTESE INCLUÍDA NA COBERTURA. INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULA DA APÓLICE. MATÉRIA DE FATO. RECURSO ESPECIAL. REEXAME. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULAS 5 E 7/STJ. INCIDÊNCIA. I. Concluído pelo acórdão estadual, com base no exame da prova e na interpretação das cláusulas do contrato de seguro habitacional, que os danos sofridos por imóveis de conjunto habitacional se encontram inseridos na cobertura reclamada, a revisão da matéria se revela impossível em sede especial, em face dos óbices contidos nas Súmulas 5 e 7 do STJ. II. Recurso especial não conhecido” (REsp. n. 327.692/PASSARINHO).

“Agravo regimental. Recurso especial não admitido. Seguro habitacional. Súmulas 5 e 7 desta Corte. 1. As conclusões do Acórdão recorrido decorreram da interpretação das cláusulas do contrato de seguro e do exame das provas constantes dos autos. A alegação recursal de que os riscos estariam particularizados na apólice e que a seguradora estaria sendo condenada a pagar aquilo não relacionado na apólice, para ser verificada, ensejaria o reexame das provas e nova análise do contrato, o que não se mostra cabível nesta esfera recursal. De rigor a incidência das Súmulas 5 e 7 desta Corte. 2. Agravo regimental desprovido” (AgRg no Ag n. 371.065/DIREITO).

“IMÓVEL ADQUIRIDO PELO SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO. VÍCIOS DE CONSTRUÇÃO. ABRANGÊNCIA DO CONTRATO DE SEGURO. Em face do disposto no artigo 1.460 do Código Civil, não se viabiliza, neste Tribunal, a possibilidade de reforma do acórdão recorrido mediante nova identificação dos vícios de construção que estariam cobertos pelo contrato de seguro. Aplicabilidade das Súmulas 5 e 7. Agravo Regimental improvido” (AG n. 75.332/Cláudio Santos).

Nego provimento ao agravo de instrumento.

O apelo não é admissível pelas alíneas *a* e *c* quanto à alegada afronta aos arts. 3º e 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor e 47 do Código de Processo Civil e aos dissensos pretorianos referentes à incidência do CDC nas ações que envolvam contratos do Sistema Financeiro de

Habitação e à legitimidade passiva do agente financeiro, ante o teor da Súmula 83 do STJ, visto que a decisão recorrida está em consonância com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça acerca das respectivas matérias, conforme precedentes:

1) CC n. 66.553/RS, rela. Mina. Nancy Andrichi, Segunda Seção, j. 4-10-2006, DJU 16-10-2006:

Conflito de Competência. Justiça Federal e Estadual. Ação de indenização securitária decorrente de contrato de financiamento habitacional.

Compete à Justiça Comum Estadual o julgamento da ação na qual se pretende o recebimento de indenização securitária decorrente de contrato de seguro habitacional vinculado ao SFH, sem descuidar que já proferida sentença pelo i. Juízo de Direito.

Evidenciada a ausência de interesse da CEF manifestada pelo Tribunal Regional Federal, remanesce a competência da Justiça Estadual.

2) CC n. 64.646/SP, rel. Min. Castro Filho, Segunda Seção, j. 10-8-2006, DJU 12-9-2006:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. SEGURO. CAIXA SEGUROS. PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO.

A Caixa Seguradora é a nova denominação da SASSE – Cia. Nacional de Seguros Gerais, e por ser pessoa jurídica de direito privado, consoante entendimento desta Corte, não tem prerrogativa de litigar na Justiça Federal, nem mesmo quando está sub-rogada em direitos e ações que lhe foram transmitidos pela Caixa Econômica Federal.

Conflito conhecido, declarando-se competente o juízo suscitado.

3) REsp. n. 838.372/RS, rel. Min. Fernando Gonçalves, Quarta Turma, j. 6-12-2007, DJU 17-12-2007:

CIVIL. CONTRATO. MÚTUO. SFH. CDC. APLICAÇÃO. JUROS REMUNERATÓRIOS. LIMITAÇÃO. 10%. AFASTAMENTO. TABELA *PRICE*. SÚMULAS 5 E 7/STJ. TR. INCIDÊNCIA. HONORÁRIOS. COMPENSAÇÃO.

1 – Consoante entendimento jurisprudencial é aplicável o CDC aos contratos de mútuo hipotecário pelo SFH.

4) AgRg no REsp. n. 876.837/MG, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, Terceira Turma, j. 4-12-2007, DJU 14-12-2007:

PROCESSUAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. SFH. APLICAÇÃO DO CDC. SEGURO HABITACIONAL CLÁUSULA QUE OBRIGA A CONTRATAÇÃO DA SEGURADORA ESCOLHIDA PELO AGENTE FINANCEIRO. AFASTAMENTO DA IMPOSIÇÃO. FUNDAMENTO NÃO IMPUGNADO.

I – Já não se discute a incidência do CDC nos contratos relacionados com o SFH (REsp. n. 493.354/Menezes Direito, REsp. n. 436.815/Nancy Andrighi, Ag n. 538.990/Sálvio).

II – Correta a decisão que não conhece do recurso, na parcela em que não se impugna especificamente o fundamento legal utilizado pelo Tribunal de origem, para afastar cláusula contratual que obriga o mutuário do SFH a contratar a seguradora escolhida pelo agente financeiro.

No que tange à suscitada violação ao art. 17 do CPC e à divergência jurisprudencial em torno da aplicação da pena de multa por litigância de má-fé, verifica-se que a irresignação não reúne condições de ascender à Corte Superior, conforme a disposição da Súmula 7 do STJ, uma vez que a decisão recorrida amparou-se no acervo fático-probatório da demanda para emitir juízo de valor acerca da questão.

Sobre o tema, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça em AgRg no Ag n. 717.034/PB, rel. Min. Fernando Gonçalves, Quarta Turma, j. 25-9-2007, DJU 15-10-2007:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 211/STJ. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. SÚMULA 7. DISSÍDIO. SÚMULA 182.

[...] Aferir a existência de litigância de má-fé, na linha do entendimento firmado nesta Corte, demanda revolvimento do substrato

fático-probatório, soberanamente delineado pelas instâncias ordinárias, esbarrando, pois, a irrisignação no óbice da Súmula 7 do STJ.

Por fim, o reclamo não merece prosperar pela alínea *c*, no que concerne à aplicação da multa decencial, porquanto não comprovado o referido dissenso pretoriano, conforme a disposição do art. 255, § 2º, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

Depreende-se das razões recursais que a insurgente não realizou o necessário cotejo analítico, isto é, não confrontou excertos do corpo da decisão hostilizada com trechos dos julgados paradigmas, o que impossibilitou, assim, a comparação entre as situações fáticas que culminaram nas referidas decisões, o que inviabiliza a verificação da alegada divergência.

Haure-se do entendimento da Corte Superior:

1) AgRg nos EDcl no Ag n. 743.668/RJ, rel. Min. Jorge Scartezini, Quarta Turma, j. 15-2-2007, DJU 12-3-2007:

PROCESSO CIVIL – AGRAVO REGIMENTAL – RESPONSABILIDADE CIVIL – DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO – MERA TRANSCRIÇÃO DE EMENTAS.

1 – Quanto à alínea *c* do permissivo constitucional, observa-se que a parte agravante não procedeu à demonstração do dissídio pretoriano em conformidade com o disposto nos arts. 541 do CPC e 255 do RISTJ. Isso porque, não obstante a transcrição de ementas, deixou de efetuar o cotejo analítico entre os julgados divergentes, a fim de evidenciar a identidade de situações e a diferente interpretação dada à lei federal.

2 – Agravo regimental desprovido.

2) AgRg no Ag n. 712.817/DF, rel. Min. Gilson Dipp, Quinta Turma, j. 6-12-2005, DJU 1º-2-2006:

[...] A admissão do Especial com base na alínea *c* impõe o confronto analítico entre os acórdãos paradigma e hostilizado, a fim de

evidenciar a similitude fática e jurídica posta em debate, conforme disposto no art. 255 e parágrafos do RISTJ.

III – Ante o exposto, não se admite o recurso.

Intimem-se.

Florianópolis, 17 de março de 2008.

Des. Nelson Schaefer Martins  
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 Porá  
 Rua Benjamin Constant, 832 — Centro  
 CEP: 89890-000 — Cunha Porá  
 Telefone: (49) 3646-3000

Fórum da comarca de Curitibaanos  
 Rua Antônio Rossa, 241 — Centro  
 CEP: 89520-000 — Curitibaanos  
 Telefone: (49) 3221-0500

Fórum da comarca de Descanso  
 Rua Thomaz Koproski, 615 — Centro  
 CEP: 89910-000 — Descanso  
 Telefone: (49) 3623-6400

Fórum da comarca de Dionísio Cerqueira  
 Av. Washington Luís, 670 — Centro  
 CEP: 89950-000 — Dionísio Cerqueira  
 Telefone: (49) 3644-6200

## Fórum da comarca de Forquilha

Rodovia Antônio Valmor Canela, 106 — Santa Izabel

CEP: 88850-000 — Forquilha

Telefone: (48) 3463-8300

## Fórum da comarca de Fraiburgo

Av. Curitibaanos, 375 — Centro

CEP: 89580-000 — Fraiburgo

Telefone: (49) 3256-2100

## Fórum da comarca de Garopaba

Rua Santa Rita, 100 — Centro

CEP: 88495-000 — Garopaba

Telefone: (48) 3254-8300

## Fórum da comarca de Garuva

Av. Celso Ramos, 1.226 — Centro

CEP: 89248-000 — Garuva

Telefone: (47) 3445-8000

## Fórum da comarca de Gaspar

Av. Deputado Francisco Mastella, s/n — Sete de Setembro

CEP: 89110-000 — Gaspar

Telefone: (47) 3331-6100

## Fórum da comarca de Guaramirim

Rua 28 de Agosto, 2000 — Centro

CEP: 89270-000 — Guaramirim

Telefone: (47) 3373-9500

## Fórum da comarca de Herval 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 — Saguapu  
CEP: 89201-900 — Joinville  
Telefone: (47) 3461-8500

Fórum da comarca de Lages  
Rua Belisário Ramos, 3.650 — Centro  
CEP: 88501-902 — Lages  
Telefone: (49) 3221-3500

Fórum da comarca de Laguna  
Rua Arcângelo Bianchini, 69 — Centro  
CEP: 88790-000 — Laguna  
Telefone: (48) 3644-8300

Fórum da comarca de Lauro Müller  
Travessa 20 de Janeiro, s/n — Centro  
CEP: 88880-000 — Lauro Müller  
Telefone: (48) 3464-8600

Fórum da comarca de Lebon Régis  
Rua Valdir Ortigari, 45 — Centro  
CEP: 89515-000 — Lebon Régis  
Telefone: (49) 3247-6000

Fórum da comarca de Mafra  
Av. Cel. José Severiano Maia, 863 — Centro  
CEP: 89300-000 — Mafra  
Telefone: (47) 3641-4200

Fórum da comarca de Maravilha  
Av. Anita Garibaldi, 1.181 — Centro  
CEP: 89874-000 — Maravilha  
Telefone: (49) 3664-8800

Fórum da comarca de Modelo  
Rua Presidente Vargas, 20 — Centro  
CEP: 89872-000 — Modelo  
Telefone: (49) 3365-2500

Fórum da comarca de Mondaí  
Rua Aurora, 65 — Centro  
CEP: 89893-000 — Mondaí  
Telefone: (49) 3674-3000

Fórum da comarca de Navegantes  
Av. Prefeito José Juvenal Mafra, 498 — Centro  
CEP: 88375-000 — Navegantes  
Telefone: (47) 3342-9100

Fórum da comarca de Orleans  
Rua Rui Barbosa, 320 — Centro  
CEP: 88870-000 — Orleans  
Telefone: (48) 3466-6100

Fórum da comarca de Otacílio Costa  
Rua Clementino Zambonato, 119 — Centro  
CEP: 88540-000 — Otacílio Costa  
Telefone: (49) 3275-8000

Fórum da comarca de Palhoça  
 Rua Cel. Bernardino Machado, 95 — Centro  
 CEP: 88130-220 — Palhoça  
 Telefone: (48) 3279-3300

Fórum da comarca de Palmitos  
 Rua Padre Manoel da Nóbrega, s/n — Centro  
 CEP: 89887-000 — Palmitos  
 Telefone: (49) 3647-9400

Fórum da comarca de Papanduva  
 Rua Simeão Alves de Almeida, 411 — Centro  
 CEP: 89370-000 — Papanduva  
 Telefone: (47) 3653-6000

Fórum da comarca de Pinhalzinho  
 Av. Porto Alegre — Esq. com a Rua São Luiz, 735 — Centro  
 CEP: 89870-000 — Pinhalzinho  
 Telefone: (49) 3366-6100

Fórum da comarca de Pomerode  
 Rua XV de Novembro, 700 — Centro  
 CEP: 89107-000 — Pomerode  
 Telefone: (47) 3387-7400

Fórum da comarca de Piçarras  
 Av. Emanuel Pinto, 1.655 — Centro  
 CEP: 88380-000 — Piçarras  
 Telefone: (47) 3347-4000

Fórum da comarca de Ponte Serrada  
 Rua 3 de Maio, 460 — Centro  
 CEP: 89683-000 — Ponte Serrada  
 Telefone: (49) 3435-6500

Fórum da comarca de Porto Belo  
Av. Gov. Celso Ramos, 2.890 — Centro  
CEP: 88210-000 — Porto Belo  
Telefone: (47) 3369-7100

Fórum da comarca de Porto União  
Rua Voluntários da Pátria, 365 — Centro  
CEP: 89400-000 — Porto União  
Telefone: (42) 3521-3700

Fórum da comarca de Presidente Getúlio  
Rua Kurt Hering, 14 — Centro  
CEP: 89150-000 — Presidente Getúlio  
Telefone: (47) 3352-5000

Fórum da comarca de Quilombo  
Rua Presidente Juscelino, 703 — Centro  
CEP: 89850-000 — Quilombo  
Telefone: (49) 3346-2000

Fórum da comarca de Rio do Campo  
Rua 29 de Dezembro, s/n — Centro  
CEP: 89198-000 — Rio do Campo  
Telefone: (47) 3564-8900

Fórum da comarca de Rio do Oeste  
Rua XV de Novembro, 1.570 — Centro  
CEP: 89180-000 — Rio do Oeste  
Telefone: (47) 3543-9300

Fórum da comarca de Rio do Sul  
Rua Dom Bosco, 820 — Jardim América  
CEP: 89160-000 — Rio do Sul  
Telefone: (47) 3531-4700

Fórum da comarca de Rio Negrinho  
Rua Carlos Hantschel, 425 — Bela Vista  
CEP: 89295-000 — Rio Negrinho  
Telefone: (47) 3641-1700

Fórum da comarca de Santa Cecília  
Rua XV de Novembro, s/n — Centro  
CEP: 89540-000 — Santa Cecília  
Telefone: (49) 3244-6500

Fórum da comarca de Santa Rosa do Sul  
Rua Raul José dos Santos, 120 — Centro  
CEP: 89965-000 — Santa Rosa do Sul  
Telefone: (48) 3534-8200

Fórum da comarca de Santo Amaro da Imperatriz  
Rua Frei Fidêncio Feldmann, 425 — Centro  
CEP: 88140-000 — Santo Amaro da Imperatriz  
Telefone: (48) 3245-4000

Fórum da comarca de São Bento do Sul  
Av. São Bento, 401 — Colonial  
CEP: 89290-000 — São Bento do Sul  
Telefone: (47) 3631-1900

Fórum da comarca de São Carlos  
Rua La Salle, 243 — Centro  
CEP: 89885-000 — São Carlos  
Telefone: (49) 3325-1000

Fórum da comarca de São Domingos  
Rua Major Azambuja, 138 — Centro  
CEP: 89835-000 — São Domingos  
Telefone: (49) 3443-6800

Fórum da comarca de São Francisco do Sul  
Rua Leôncio Pereira, 304 — Rocio Pequeno  
CEP: 89240-000 — São Francisco do Sul  
Telefone: (47) 3471-1500

Fórum da comarca de São João Batista  
Rua Otaviano Dadam, 201 — Centro  
CEP: 88240-000 — São João Batista  
Telefone: (48) 3265-6300

Fórum da comarca de São Joaquim  
Rua Domingos Martorano, 302 — Centro  
CEP: 88600-000 — São Joaquim  
Telefone: (49) 3233-6000

Fórum da comarca de São José  
Rua Domingos André Zannini, 380 — Barreiros  
CEP: 88117-200 — São José  
Telefone: (48) 3271-9600

Fórum da comarca de São José do Cedro  
Rua Padre Aurélio, 235 — Centro  
CEP: 89930-000 — São José do Cedro  
Telefone: (49) 3643-6600

Fórum da comarca de São Lourenço do Oeste  
Rua Dom Pedro II, 966 — Centro  
CEP: 89990-000 — São Lourenço do Oeste  
Telefone: (49) 3344-8200

Fórum da comarca de São Miguel do Oeste  
Rua Marcílio Dias, 2.070 — Sagrado Coração  
CEP: 89900-000 — São Miguel do Oeste  
Telefone: (49) 3631-1500



Fórum da comarca de Seara  
 Rua do Comércio, 171 — Centro  
 CEP: 89770-000 — Seara  
 Telefone: (49) 3452-8700

Fórum da comarca de Sombrio  
 Rua Edílio Antônio da Rosa, 974 — Centro  
 CEP: 88960-000 — Sombrio  
 Telefone: (48) 3533-6700

Fórum da comarca de Taió  
 Rua Expedicionário Rafael Busarello, 484 — Centro  
 CEP: 89190-000 — Taió  
 Telefone: (47) 3562-8000

Fórum da comarca de Tangará  
 Rua Luís Menoncin, s/n — Centro  
 CEP: 89642-000 — Tangará  
 Telefone: (49) 3532-7500

Fórum da comarca de Tijucas  
 Rua Florianópolis, 130 — Centro  
 CEP: 88200-000 — Tijucas  
 Telefone: (48) 3263-8000

Fórum da comarca de Timbó  
 Av. Getúlio Vargas, 736 — Centro  
 CEP: 89120-000 — Timbó  
 Telefone: (47) 3281-1700

Fórum da comarca de Trombudo Central  
 Rua Emílio Graubner, s/n — Vila Nova  
 CEP: 89176-000 — Trombudo Central  
 Telefone: (47) 3544-8100

Fórum da comarca de Tubarão  
Rua Wenceslau Brás, 560 — Vila Moema  
CEP: 88701-901 — Tubarão  
Telefone: (48) 3621-1500

Fórum da comarca de Turvo  
Rua Nereu Ramos, 609 — Centro  
CEP: 88930-000 — Turvo  
Telefone: (48) 3525-8000

Fórum da comarca de Urubici  
Rua Nereu Ramos, n. 200 — Centro  
CEP: 88650-000 — Urubici  
Telefone: (49) 3278-6900

Fórum da comarca de Urussanga  
Rua Barão do Rio Branco, 115 — Centro  
CEP: 88840-000 — Urussanga  
Telefone: (48) 3441-1300

Fórum da comarca de Videira  
Rua Vítor Meirelles, s/n — Ed. Brasil-Austria — Matriz  
CEP: 89560-000 — Videira  
Telefone: (49) 3551-1700

Fórum da comarca de Xanxerê  
Rua Victor Konder, 898 — Centro  
CEP: 89820-000 — Xanxerê  
Telefone: (49) 3441-7100

Fórum da comarca de Xaxim  
Rua Rui Barbosa, 385 — Centro  
CEP: 89825-000 — Xaxim  
Telefone: (49) 3353-9600

# ÍNDICE NUMÉRICO

---



AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE

1.264-9 (STF) – Santa Catarina.....	167
2007.040334-8 – Capital.....	241

AGRAVO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO

2007.040100-7 – Joinville.....	274
--------------------------------	-----

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO

2007.044811-5 – Jaraguá do Sul.....	279
-------------------------------------	-----

AGRAVOS DE INSTRUMENTO

2004.028002-6 – São João Batista.....	367
2007.008023-6 – Concórdia.....	442
2007.020804-7 – Gaspar.....	479
2007.022754-2 – Ponte Serrada.....	471
2007.023135-2 – Canoinhas.....	428
2007.024076-0 – Capital.....	373
2007.029511-2 – Taió.....	455
2007.045964-4 – Braço do Norte.....	592

APELAÇÕES CÍVEIS

2000.009144-8 – Concórdia.....	292
2003.017239-4 – Chapecó.....	379
2004.006368-7 – Pinhalzinho.....	435
2005.016173-6 – Blumenau.....	399
2005.023085-9 – Jaguaruna.....	305
2006.008632-1 – São Carlos.....	459
2006.022320-4 – Joaçaba.....	607
2006.024996-1 – São Miguel do Oeste.....	533

2006.026382-0	– Capital .....	571
2007.001984-2	– Joinville.....	581
2007.015519-3	– São Lourenço do Oeste .....	405
2007.016655-0	– Criciúma.....	465
2007.030999-2	– Capital .....	500
2007.031513-9	– Concórdia.....	420
2007.034128-2	– Capital .....	510
2007.042244-1	– Blumenau .....	321
2007.045203-5	– Lages .....	493
2007.052039-0	– Balneário Camboriú .....	330
2007.053567-6	– Capital/Estreito.....	353

#### APELAÇÕES CRIMINAIS

2006.044714-1	– Ascurra.....	638
2007.014930-3	– São Francisco do Sul.....	653
2007.029958-1	– São José.....	633
2007.046308-3	– Blumenau .....	659
2007.053304-3	– Abelardo Luz.....	619

#### CONFLITO DE COMPETÊNCIA

78.480 (STJ)	– Santa Catarina.....	213
--------------	-----------------------	-----

#### EMBARGOS INFRINGENTES

2006.036786-7	– Ponte Serrada .....	285
---------------	-----------------------	-----

#### HABEAS CORPUS

92.824-2 (STF)	– Santa Catarina.....	178
----------------	-----------------------	-----

MEDIDA CAUTELAR EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

2005.007821-1 – Capital ..... 665

RECLAMAÇÃO

4.713-0(STF) – Santa Catarina..... 191

RECURSO CRIMINAL

2007.052519-4 – Joaçaba..... 648

RECURSO EXTRAORDINÁRIO

218.874-6 (STF) – Santa Catarina..... 204

RECURSOS ESPECIAIS

742.451 (STJ) – Santa Catarina..... 218

963.681 (STJ) – Santa Catarina..... 229

2006.001034-6 – Itajaí ..... 674

2006.038453-3 – Tubarão..... 668

2007.012234-5 – Otacílio Costa..... 679

2007.025270-3 – São José..... 688

2007.025551-0 – Blumenau ..... 682

2007.028970-0 – Brusque..... 685





# ÍNDICE POR ASSUNTO

---



## AÇÃO CIVIL PÚBLICA

— Responsabilização por lesão ao erário em virtude de desvio de materiais de construção – Réu, ex–prefeito, falecido. Prejuízo à municipalidade. Não configuração. Sentença penal condenatória. Ocorrência da prescrição da pretensão punitiva. Independência dos juízos cível e criminal. Recurso desprovido.....607

## AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

— Legitimidade ativa – Associação de associações comunitárias – Orientação contemporânea do STF. Lei municipal. Alteração de zoneamento de área determinada pelo plano diretor. Inconstitucionalidade formal. Implementação de projeto para abarcar jogos da copa do mundo de 2014. Cumprimento aos princípios da impessoalidade e da moralidade. Desvio de finalidade inexistente. Ação improcedente. Maioria de votos. VOTO VENCIDO.....241

— Lei Estadual n. 1.145, art. 3º – Previsão de reajuste dos valores fixados referentes às vantagens nominalmente identificáveis para os cargos de provimento em comissão (DASU), na mesma proporção. Improcedência....167

## AÇÃO INDENIZATÓRIA

— Responsabilidade civil – Doença ocupacional. Omissão do empregador em fiscalizar o uso de EPIs. Danos materiais e morais. Incapacidade parcial. Adequação de valores arbitrados. Recurso da autora desprovido e provido em parte o da empresa ré.....292

## ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

— Art. 14 .....229

## ATO DAS DISPOSIÇÕES TRANSITÓRIAS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

— Art. 19 .....510

## ATO REGIMENTAL

— N. 87/08 (TJSC).....	155
------------------------	-----

## CÓDIGO CIVIL

— Art. 159 .....	379
— Art. 186 .....	571
— Art. 1.265 .....	399
— Art. 1.285 .....	274
— Art. 1.538, <i>caput</i> .....	292
— Art. 1.538, § 1º.....	292
— Art. 1.539 (1916).....	292, 379
— Art. 1.545 (1916).....	330
— Art. 1.723 .....	373
— Art. 1.827 .....	367
— Art. 1.828 .....	367

## CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR (Lei n. 8.078/90)

— Art. 3º, <i>caput</i> .....	353
— Art. 3º.....	305
— Art. 12 .....	305
— Art. 14, <i>caput</i> .....	330
— Art. 14 .....	305
— Art. 43, § 2º.....	405
— Art. 51 .....	353
— Art. 51, I.....	399

## CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

— Art. 20, <i>caput</i> .....	379
— Art. 20, § 3º.....	379
— Art. 20, §§ 3º e 4º.....	330

— Art. 20, § 4º.....	428
— Art. 20, § 5º.....	292
— Art. 21, <i>caput</i> .....	405, 420
— Art. 130.....	321, 435
— Art. 131.....	353
— Art. 165.....	274
— Art. 265.....	533
— Art. 267.....	571
— Art. 267, IV.....	428
— Art. 267, V.....	229
— Art. 267, § 3º.....	428
— Art. 269, IV.....	493, 581, 571
— Art. 273.....	373, 471, 274
— Art. 283.....	428
— Art. 284.....	459
— Art. 301, V e § 3º.....	229
— Art. 302.....	510
— Art. 333, I.....	607
— Art. 334.....	607
— Art. 461.....	471
— Art. 461, § 4º.....	479, 592
— Art. 468.....	533
— Art. 475-Q.....	330
— Art. 496.....	279
— Art. 515, § 3º.....	571
— Art. 523, § 1º.....	581
— Art. 525, I e II.....	83
— Art. 527, II.....	279
— Art. 527, III.....	442, 455, 279
— Art. 527, V e VI.....	279

— Art. 527, parágrafo único .....	279
— Art. 528 .....	279
— Art. 535, I e II.....	229
— Art. 535, II.....	353
— Art. 557, § 1º.....	274, 428
— Art. 558 .....	442
— Art. 585, II.....	465
— Art. 602 .....	330
— Art. 616 .....	459, 465
— Art. 618, I.....	465
— Art. 649, X.....	442
— Art. 741 .....	435

#### CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

— Art. 9º.....	571
— Art. 30 .....	648
— Art. 43, III .....	648
— Art. 44 .....	648
— Art. 189 .....	510
— Art. 386, V.....	653
— Art. 387, III .....	659
— Art. 499 .....	653
— Art. 564, IV .....	659
— Art. 587 .....	648

#### CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO (Lei n. 9.503/97)

— Art. 24 .....	500
-----------------	-----

#### CÓDIGO PENAL

— Art. 26 .....	653
— Art. 61, I.....	638

— Art. 97 .....	653
— Art. 155, § 4º, II .....	633
— Art. 250, § 1º, II, a.....	638
— Art. 251, <i>caput</i> e § 2º .....	638

## COMINATÓRIA

— Obrigação de fazer <i>c/c</i> perdas e danos – Empresa de transporte coletivo intermunicipal que teve trajeto aumentado para acesso aos terminais. Ausência de ilegalidade. Competência municipal. Improcedência dos pedidos. Recurso desprovido. ....	500
--	-----

## CONFLITO DE COMPETÊNCIA

— Conflito negativo de competência – Assinatura básica de telefonia. Ausência de interesse da União. Fixação da competência do juízo comum estadual. Precedentes. ....	213
--	-----

## CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO (Decreto-lei n. 5.452/43)

— Art. 157 .....	292
— Art. 157, I e II.....	379

## CONSTITUIÇÕES

### ESTADUAL – 1989

— Art. 1º.....	241
— Art. 8º, VIII, a.....	500
— Art. 16 .....	241
— Art. 48 .....	241
— Art. 57 .....	241
— Art. 85, VII .....	241
— Art. 140 .....	241
— Art. 141, <i>caput</i> , III .....	241
— Art. 153 .....	592

## FEDERAL – 1988

— Art. 1º, III e IV .....	292
— Art. 2º .....	479
— Art. 5º, <i>caput</i> .....	229
— Art. 5º, I, XXXV, XXXVI, XLI e LV.....	229
— Art. 5º, XXXVI.....	442, 435
— Art. 5º, XXXII .....	353
— Art. 5º, XXXVII.....	510
— Art. 5º, LIII.....	510
— Art. 6º.....	479
— Art. 7º, XXII .....	292
— Art. 7º, XXVIII .....	379, 571
— Art. 7º, XXXII .....	330
— Art. 22, I .....	279
— Art. 22, X.....	500
— Art. 23, II.....	592
— Art. 23, IX.....	479
— Art. 24, XI.....	279
— Art. 30, I, II e V .....	500
— Art. 37, <i>caput</i> .....	471, 533
— Art. 37 .....	241
— Art. 37, § 4º.....	533
— Art. 37, § 6º.....	581
— Art. 37, II.....	510
— Art. 37, V.....	533
— Art. 37, XIII.....	204, 167
— Art. 60 .....	241
— Art. 69 .....	241
— Art. 93, IX.....	274
— Art. 103 .....	241



— Art. 125 .....	241
— Art. 153, <i>caput</i> .....	25
— Art. 153, § 3º, I e II .....	25
— Art. 155, <i>caput</i> .....	25
— Art. 155, § 2º, III .....	25
— Art. 167, IV .....	204
— Art. 170, V .....	353
— Art. 182 .....	241
— Art. 185 .....	442
— Art. 202, <i>caput</i> .....	353
— Art. 227 .....	479

## CRIME CONTRA A INCOLUMIDADE PÚBLICA

— Explosão – Agente que, ao colocar engenho de substância análoga a dinamite no telhado de casa habitada, causa violenta explosão e expõe a perigo a vida, a integridade física e o patrimônio de inúmeras pessoas. Pretendida absolvição por falta de provas da autoria. Inviabilidade. Contexto probatório que revela certeza para a condenação. Apelo desprovido. ....638

## CRIME CONTRA A SAÚDE PÚBLICA

— Tráfico de entorpecente – Autoria e materialidade comprovadas. Agente presa em flagrante na posse da droga. Conjunto probatório que dá certeza da prática do delito. Dolo na conduta *evidenciado*. Condenação mantida. Recurso desprovido. ....619

— Tráfico de entorpecente e porte ilegal de arma de fogo – Desclassificação. Condenação. Pena não aplicada ao argumento da possibilidade de transação penal pelo MP. Prestação jurisdicional incompleta. Nulidade da sentença de ofício. Recurso prejudicado. Maioria de votos. ....659

## DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C PEDIDO DE DANOS MORAIS

— Dívida adimplida – Cancelamento do protesto do título. Quitação do débito de modo diverso do acordado. Depósito bancário não identificado em conta corrente. Ausência de qualquer comunicação. Inviabilidade de imediata verificação pelo credor. Licitude do ato notarial e da inserção do nome da devedora nos órgãos de proteção ao crédito, enquanto incerta a quitação. Dano moral não configurado. Recurso parcialmente provido.....420

## DESPACHO DA 2ª VICE-PRESIDÊNCIA

— Recurso especial em apelação cível no mandado de segurança – Insurgência do Estado contra o acórdão que negou provimento ao apelo. Decisão que violou o artigo 13 da LC n. 87/96. Controvérsia que gravita em torno da incidência do ICMS sobre energia elétrica consumida ou demanda reservada. Não violação, no caso, da lei citada e incidência do imposto sobre o consumo. Seguimento ao recurso, negado.....674

— Recurso especial em apelação cível – Pedido de nulidade do acórdão por negativa de vigência ao art. 535, II, do CPC, além de outros artigos legais, bem como divergência jurisprudencial. Decisões reiteradas do STJ em sentido contrário. Recurso inadmitido. ....668

— Medida cautelar em recurso extraordinário na Adin – Pedido de liminar para dar efeito suspensivo ao recurso extraordinário bem como ao acórdão proferido na Adin que determina a cobrança da taxa de segurança contra incêndios. Orientação contrária à decisão do STF. Recurso extinto.....665

## DESPACHO DA 3ª VICE-PRESIDÊNCIA

— Recurso especial em agravo – Votação unânime que negou provimento ao agravo seqüencial. Alegação de violação a artigos do CDC e ao art. 557, § 2º, do CPC. Inadmissão. Precedentes. Recurso desprovido.....682

— Recurso especial em agravo – Decisão unânime que negou provimento a agravo oposto contra despacho interlocutório em ação de responsabili-

dade obrigacional securitária. Possibilidade. Recurso retido no processo principal para futuro processamento.....685

— Recurso especial em agravo – Decisão unânime que negou provimento a agravo inominado ajuizado contra decisão monocrática que possibilitava a inscrição do nome da recorrente em órgãos de proteção ao crédito. Sustentação de que o acórdão atacado violou disposição de lei. Improcedência. Precedentes. Recurso inadmitido. ....679

— Recurso especial em apelação cível – Acórdão unânime que rejeitou a pretensão da Caixa Econômica Federal de ingressar na lide, além de negar provimento ao agravo retido. Sustentação de que o acórdão atacado violou disposição de lei e súmula do STJ. Insustentabilidade. Precedentes. Recurso inadmitido. ....688

DOCTRINA

— Responsabilidade civil dos tabeliães e registradores – Jorge Luis Costa Beber, Juiz de Direito. ....113

— ICMS – A inconstitucionalidade da alíquota incidente sobre o fornecimento de energia elétrica – Iran José de Chaves, Advogado em Santa Catarina. .... 25

— Crime de lavagem de dinheiro: fundamentos, avanços e desafios da responsabilização internacional de estados e indivíduos – Lucimara Rocha Ernlund Iegas, Promotora de Justiça no Estado do Paraná. .... 95

— Revisão criminal *pro societate*: evolução, constitucionalidade e parâmetros normativos – Jailson José de Melo, Oficial de Justiça do TJSC..... 55

— Agravo de instrumento – documentos obrigatórios e facultativos: considerações tópicas sobre os incisos I e II do artigo 525 do Código de Processo Civil – Jaime Luiz Vicari, Desembargador Substituto do TJSC, e Carolina Gabriela Fogaça Vicari, Advogada em Santa Catarina. .... 83

## EMBARGOS À EXECUÇÃO

— *Vide* Execução

## EMBARGOS INFRINGENTES

— *Vide* Recurso.

## EMENDAS CONSTITUCIONAIS

— N. 19/98 .....533

— N. 20/98 .....533

## EXECUÇÃO

— Instrumento de confissão de dívida – Título executivo extrajudicial. Extinção do processo sem julgamento de mérito. Reforma imperativa. Possibilidade de discussão de eventuais ilegalidades dos contratos anteriores renegociados. Abertura de prazo para que o credor emende a inicial. Recurso provido. ....465

— Execução instruída com cópia de nota promissória – Princípio da cartularidade. Necessidade de apresentação do título original. Impossibilitada emenda à inicial. Sentença cassada. Recurso provido. ....459

— Embargos à execução – Acordo homologado por sentença. Cerceamento de defesa não configurado. Impenhorabilidade afastada. Pequena propriedade rural. Impossibilidade de discussão do título que originou o acordo não cumprido. Recurso desprovido. ....435

## EXECUTIVO FISCAL

— Processual civil – Pedido de redirecionamento. Prescrição intercorrente. Inocorrência. Pessoa jurídica citada. Prazo prescricional interrompido no tocante ao sócio. Recurso provido.....493

FURTO QUALIFICADO

— Abuso de confiança – Agente que simula ser mudo, tem livre acesso à empresa, e subtrai para si quantia em dinheiro. Autoria e materialidade demonstradas. Confissão corroborada pelas testemunhas. Condenação. Apelo desprovido.....633

*HABEAS CORPUS*

— Crime hediondo – Prisão em flagrante homologada. Proibição de liberdade provisória. Constrangimento ilegal configurado. Necessidade de revolvimento dos fatos e provas. Impropriedade do *writ*. Ordem parcialmente conhecida e concedida.....178

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

— Ex-prefeito – Leis municipais que criam grande quantidade de cargos de confiança de livre nomeação e exoneração. Aprovação pela Câmara de Vereadores. Ausência de prejuízo ao erário e favorecimento pessoal. Má-fé ou dolo inexistentes. Improbidade não configurada. Pedido improcedente. Recurso do réu provido e prejudicado o do autor. ....533

INDENIZAÇÃO POR ACIDENTE DE TRABALHO

— Indenização por doença profissional – Tenossinovite. Procedência parcial. Insurgência da ré. Lesão por esforço repetitivo. Local insalubre. Omissão relevante. Ilícito e culpa caracterizados. Obrigação de indenizar. Danos morais proporcional às conseqüências do ilícito. Sentença mantida. Recurso desprovido. ....379

INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL

— Previdência privada – Resgate total das contribuições. Desligamento do plano. Permanência do participante nos quadros da empresa. Incidência do CDC. Recurso provido parcialmente.....353

## INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS

— Infante em estado grave de saúde – Atendimento hospitalar condicionado à apresentação de guia do posto de saúde. Morte do menor. Óbito ao atendimento médico. Ato ilícito caracterizado. Dever de indenizar cogente. Observância aos critérios da proporcionalidade e da razoabilidade. Precedentes. Recurso parcialmente provido.....330

## INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS, PESSOAIS E MATERIAIS

— Acidente com fogos de artifício – Aplicação do CDC. Amputação de alguns dedos da mão direita. Responsabilidade objetiva do fornecedor. Dever de indenizar. Danos morais e estéticos. Possibilidade de cumulação. Critérios para arbitramento da verba. Incapacidade total e permanente para o trabalho anteriormente exercido. Recurso desprovido. ....305

## INDENIZATÓRIA

— Estabelecimento comercial – Furto de veículo em pátio de estacionamento. Responsabilidade civil configurada. Dever de indenizar. Valor do automóvel. Cláusula de não indenizar. Nulidade. Sentença mantida. Recurso desprovido. ....399

## INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE

— Exame de DNA – Paternidade excluída. Pedido de nova perícia. Dúvidas acerca da lisura do procedimento. Necessidade de contraprova. Busca da verdade real. Conversão do julgamento em diligência. ....321

## LEGISLAÇÃO

— Ato Regimental n. 87/08-TJ, que institui o Conselho de Gestão, Modernização judiciária, de políticas públicas e institucionais.....155

— Resolução n. 12/08-TJ, que aprova o Regimento Interno do Conselho de Gestão, Modernização judiciária, de políticas públicas e institucionais. ....158

LEGISLAÇÃO ESTADUAL

LEIS

— N. 1.145/93	Art. 3º.....	379
— N. 10.297/96	Art. 19, I, II e III, h .....	004
— N. 12.069/01	Art. 2º.....	053
— N. 12.069/01	Art. 10.....	053

LEGISLAÇÃO FEDERAL

DECRETOS

— N. 2.044/08 .....	<i>Vide Lei Cambial.</i>	
— N. 20.910/32	Art. 1º.....	059, 058, 383
— N. 22.626/33 .....	<i>Vide Lei de Usura.</i>	

DECRETOS-LEIS

— N. 201/67 .....		038
— N. 201/67	Art. 1º, III .....	063
— N. 911/69	Art. 2º, § 2º .....	057
— N. 911/69	Art. 3º, <i>caput</i> .....	051, 057
— N. 5.452/43.....	<i>Vide Consolidação das Leis do Trabalho.</i>	

LEIS

— N. 1.060/50 .....	<i>Vide Lei da Assistência Judiciária.</i>	
— N. 1.533/51 .....	<i>Vide Lei do Mandado de Segurança.</i>	
— N. 6.368/76 .....	<i>Vide Leis Antitóxicos.</i>	
— N. 7.347/85	Art. 18.....	038
— N. 8.009/90	Art. 1º.....	056
— N. 8.009/90	Art. 3º, V.....	052
— N. 8.009/90	Art. 4º, § 2º.....	056
— N. 8.078/90.....	<i>Vide Código de Defesa do Consumidor.</i>	
— N. 8.080/90 .....		062

— N. 8.112/90	Art. 149 .....	034
— N. 8.213/91	Art. 19, §§ 1º a 3º .....	042
— N. 8.429/92	Art. 9º .....	038
— N. 8.429/92	Art. 9º, XI e XII .....	384
— N. 8.429/92	Art. 10 .....	038
— N. 8.429/92	Art. 10, I e XII .....	384
— N. 8.429/92	Art. 11 .....	038, 384
— N. 8.429/92	Art. 12 .....	034, 384
— N. 8.629/93 .....		052
— N. 8.666/93 .....		062
— N. 8.935/94	Art. 8º .....	057
— N. 8.935/94	Art. 9º .....	057
— N. 9.278/96	Art. 7º .....	035
— N. 9.503/97 .....	<i>Vide</i> Código de Trânsito Brasileiro.	
— N. 9.784/99	Art. 54 .....	383
— N. 9.873/99	Art. 1º .....	383
— N. 10.257/01	Art. 2º, XIII .....	053
— N. 10.257/01	Art. 40, § 4º, I .....	053
— N. 10.406/02 .....		059, 058
— N. 10.792/03	Art. 191 .....	034
— N. 10.826/03	Art. 14 .....	206
— N. 10.826/03	Art. 16, parágrafo único, III .....	201
— N. 10.826/03	Art. 16, parágrafo único, IV .....	205
— N. 11.187/05 .....		055
— N. 11.232/05 .....		049
— N. 11.343/06 .....	<i>Vide</i> Leis Antitóxicos.	

## LEGISLAÇÃO MUNICIPAL

### DECRETO

— N. 0604/96 (Capital) .....	034
------------------------------	-----



LEIS

— N. 1.218/74 (Capital)	Art. 223 .....	034
— N. 1.218/74 (Capital)	Art. 224, I, a e c .....	034
— N. 1.218/74 (Capital)	Art. 246 .....	034
— N. 2.517/86 (Capital)	Art. 183 .....	034
— N. 2.653/89 (São Miguel do Oeste)	.....	038
— N. 3.216/93 (São Miguel do Oeste)	.....	038
— N. 3.324/93 (São Miguel do Oeste)	.....	038
— N. 4.719/01 (São Miguel do Oeste)	.....	038
— N. 4.997/01 (São Miguel do Oeste)	.....	038

LEI CAMBIAL (Decreto n. 2.044/08)

— .....	459
---------	-----

LEI DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA (Lei n. 1.060/50)

— .....	321
---------	-----

LEI DE USURA (Decreto n. 22.626/33)

— Art. 4º .....	405
-----------------	-----

LEIS ANTITÓXICOS

— N. 6.368/76	Art. 16 .....	659
— N. 11.343/06	Art. 28 .....	659
— N. 11.343/06	Art. 28, § 2º .....	619
— N. 11.343/06	Art. 33, <i>caput</i> .....	659, 619
— N. 11.343/06	Art. 33, § 4º .....	619
— N. 11.343/06	Art. 40, III .....	659
— N. 11.343/06	Art. 40, V .....	619

## LEIS COMPLEMENTARES

— N. 1/97 (Capital)	Art. 239, §§ 4º e 5º .....	241
— N. 101/93 (Estadual) .....		204
— N. 109/01 (Federal)	Art. 14, III .....	353
— N. 156/97 (Estadual) .....		533
— N. 156/97 (Estadual)	Art. 35, i .....	581, 571
— N. 161/97 (Estadual) .....		581, 571, 533
— N. 274/07 (Capital) .....		241

## NOTICIÁRIO

— Discurso de despedida do Des. Pedro Manoel Abreu do cargo de Presidente do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.....	142
— Discurso de posse do Des. Francisco Oliveira Filho no cargo de Presidente do Tribunal de Justiça de Santa Catarina .....	147
— Discurso de posse do Dr. Jaime Ramos representando mais oito colegas no cargo de desembargador no Tribunal de Justiça.....	131
— Discurso de saudação, em nome do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, na posse de novos Desembargadores – Des. Nelson Schaefer Martins. ....	125
— Discurso de posse do Dr. Moacyr de Moraes Lima Filho no cargo de Desembargador. ....	137

## NULIDADE DE ATO ADMINISTRATIVO

— Procurador municipal – Demissão a bem do serviço público. Processo administrativo. Nulidades. Inocorrência. Análise do mérito do ato administrativo pelo Poder Judiciário. Possibilidade. Consonância com os princípios constitucionais. Punição. Recurso parcialmente provido.....	510
---	-----

POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO

— Agente que possuía arma de fogo com numeração raspada – Delito configurado. Fato definido como crime, punível com reclusão, de acordo com o art. 16, parágrafo único, inciso IV, da Lei. n. 10.826/03. Pretendida substituição por tratamento ambulatorial. Laudo pericial e circunstâncias que recomendam alteração. Recurso parcialmente provido. ....653

RECLAMAÇÃO

— Prisão de advogado – Recolhimento em dependência da Polícia Militar. Descumprimento do STF na ADI 1.127. Inocorrência. Entendimento da expressão “sala de estado maior” contida na Lei n. 8.906/94. Reclamação improcedente. ....191

RECURSO

— Embargos infringentes – Responsabilidade civil. Acidente automobilístico. Motorista de caminhão que, em manobra de marcha a ré, não esgota cautelas necessárias. Morte da vítima que estava atrás do veículo. Dever de indenizar. Recurso desprovido. ....285

— Agravo de instrumento – Ação civil pública. Concessão de liminar. Nepotismo. Ausência de lei municipal acerca do tema. Desnecessidade. Afronta a princípio constitucional. Recurso desprovido. ....471

— Agravo de instrumento – Alienação fiduciária em garantia. Constituição em mora. Busca e apreensão. Máquinas agrícolas. Pedido liminar de efeito suspensivo. Não comprovação. Recurso desprovido. ....455

— Agravo de instrumento – Cédula rural hipotecária. Penhora. Invocação do benefício da impenhorabilidade da pequena propriedade rural. Oferecimento espontâneo do bem em penhora. Ato nulo. Constrição insubsistente. Não caracterização da renúncia ao benefício constitucional. Bem único. Recurso provido.....442

- Agravo em agravo de instrumento – Decisão que suspendeu os efeitos da decisão de primeiro grau. Irrecorribilidade. Recurso não-conhecido. ....279
- Agravo de instrumento – Busca e apreensão. Notificação extrajudicial inválida. Mora não comprovada. Ato notarial praticado em âmbito diverso do de sua delegação e dos limites territoriais estabelecidos. Ausência de pressuposto de constituição válido e regular do processo. Extinção sem julgamento de mérito. Recurso provido. ....428
- Agravo em agravo de instrumento – Decisão de primeiro grau carente de fundamentação. Nulidade absoluta. Recurso desprovido. ....274
- Agravo de instrumento – Ação de verificação de risco. Residências para famílias carentes. Determinação judicial para que o Município *providencie* as moradias. Ato discricionário da administração pública. Violação ao princípio da soberania dos poderes. Recurso provido. ....479
- Agravo de instrumento – Cautelar inominada. Investigação de paternidade. Bem imóvel do investigado já falecido. Herdeira aparente. Venda para terceira de boa-fé. Óbice à transferência da terceira adquirente a outro comprador. Inviabilidade. Recurso provido.....367
- Agravo de instrumento – União estável. Ação de reconhecimento. Tutela antecipada. Imóvel residencial. Direito real de habitação. Reintegração de posse. Indeferimento. Decisão correta. Recurso desprovido. ....373
- Agravo de instrumento – Fornecimento gratuito de medicamento. Liminar. Deferimento. Perigo da demora. Município. Medicação que não integra a farmácia básica. Responsabilidade solidária dos entes da Federação. Recurso desprovido. Maioria de votos. VOTO VENCIDO. ....

## RECURSO EM SENTIDO ESTRITO

- *Vide* Recurso Crime.

RECURSO ESPECIAL

— Improbidade administrativa – Foro. Prerrogativa de função. Prefeito. Inexistência. Afastamento do cargo (art. 20, parágrafo único, da Lei n. 8.429/92). Fato superveniente. Prejudicialidade. Perda do objeto do referido tópico. Recurso desprovido. ....218

— Cartório – Escrivão. Titularidade. Ação anulatória de ato jurídico cumulada com reintegração do cargo. Mandado de segurança com o mesmo objeto. Litispendência. Configuração. Recurso desprovido. ....229

RECURSO EXTRAORDINÁRIO

— Lei Complementar Estadual n. 101/93 – Reajuste automático de vencimentos vinculado à arrecadação do ICMS e ao índice de correção monetária. Inconstitucionalidade. ....204

RECURSO-CRIME

— Recurso em sentido estrito – Ação penal privada. Queixa-crime. Peça inicial subscreta somente pela ofendida. Carência de capacidade postulatória. Exigência do artigo 44 do CPP não atendida. Rejeição da queixa crime. Recurso desprovido...648

REGIMENTO INTERNO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

— Art. 195 .....279

RESOLUÇÃO

— N. 12/08 (TJSC).....158

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

— Acidente aéreo – Morte de policial militar durante viagem oficial. Indenização fundada na relevância do fato e da atividade desenvolvida. Dano moral. Equidade e razoabilidade. Recurso provido. ....571

— Depósito judicial sacado por outrem mediante falsificação de assinatura no recibo de entrega – Correção monetária. Juros de mora. Condenação. Sentença mantida em sede de remessa necessária. ....581

## REVISÃO DE CONTRATO BANCÁRIO CUMULADA COM PEDIDO DE INDENIZAÇÃO

— Restrição do nome do devedor na Serasa – Ausência de notificação sobre a inscrição. Responsabilidade solidária entre o credor e o administrador do banco de dados. Danos morais. Cabimento. Contrato particular de confissão e composição de dívidas e outras avenças. Comissão de permanência. Possibilidade. Inscrição do nome dos devedores nos cadastros de inadimplentes. Possibilidade. Recurso parcialmente provido. ....405

## SÚMULAS – STF

— 121.....405  
 — 229.....379  
 — 282.....229  
 — 356.....229  
 — 30.....405  
 — 72.....428  
 — 130.....399  
 — 286.....465  
 — 290.....353  
 — 294.....405  
 — 296.....405  
 — 300.....465  
 — 313.....330  
 — 321.....353  
 — 326.....305

## TRÁFICO DE ENTORPECENTE

— *Vide* Crime contra a saúde pública.

# ÍNDICE ONOMÁSTICO

---





Alcides Aguiar.....	435, 428
Anselmo Cerello .....	592, 607, 270
Cármem Lúcia .....	167
Carolina Gabriela Fogaça Vicari .....	83
Cláudio Barreto Dutra.....	668, 674, 665
Denise Arruda.....	218
Eros Grau .....	204
Fernando Carioni .....	353, 330
Francisco Oliveira Filho.....	147, 155, 158
Iran José de Chaves .....	25
Jailson José de Melo .....	55
Jaime Luiz Vicari .....	274, 279, 83
Jaime Ramos .....	131
Jânio Machado.....	600
João Henrique Blasi.....	442, 455
Joaquim Barbosa.....	178
José Carlos Carstens Köhler .....	459, 465
José Delgado .....	213, 229
Lucimara Rocha Ernlund Iegas.....	95
Luiz Carlos Freyesleben .....	305, 321
Moacyr de Moraes Lima Filho .....	292, 285, 137
Monteiro Rocha.....	399, 379
Nelson Schaefer Martins.....	125, 685, 682, 688
Pedro Abreu .....	142
Ricardo Fontes.....	405, 420
Ricardo Lewandowski.....	191

Sérgio Paladino .....	659, 653
Sérgio Roberto Baasch Luz.....	479, 533
Solon d'Eça Neves.....	648, 619
Sônia Maria Schmitz.....	581, 571
Trindade dos Santos .....	367, 373
Tulio Pinheiro.....	633, 638
Vanderlei Romer.....	500, 510
Volnei Carlin.....	493, 471, 561, 241
Wilson Augusto do Nascimento .....	679

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**

Chang Lie Ming Ricardo

Christiane Monique Callado Silva

Cleusa Maria de Souza

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

Silvana Pisani

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