

**JURISPRUDÊNCIA
CATARINENSE**

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

Ano XXXII – 2º e 3º trimestres de 2007 – v. 114 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 – Vol. 1,
no. 1 (jul./set. 1973)–.– Florianópolis: TJ/SC, 1973.–
21cm

Trimestral

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

ISSN: 1981-402X

SUMÁRIO

9 COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DOCTRINA

- 25 A Especialização das Câmaras Cíveis e a criação da 2ª Vice-Presidência do TJSC
- 31 Aborto, eutanásia, recusa a tratamento médico e reprodução assistida: interpretação constitucional e biodireito
- 65 O uso indevido do gerúndio na argumentação jurídica: prejuízo lógico-semântico
- 89 A Defensoria Pública como instituição essencial à democracia: um modelo institucional de implementação viável e necessária no Estado de Santa Catarina

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

- 113 Ação Direta de Inconstitucionalidade
- 121 *Habeas Corpus*
- 125 Medida Cautelar em Ação Cautelar
- 128 Questão de Ordem em Ação Cautelar

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

- 137 Conflito de Competência
- 142 *Habeas Corpus*
- 146 Recursos Especiais

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA

TRIBUNAL PLENO

- 193 Ação Direta de Inconstitucionalidade
- 208 Mandado de Segurança

SEÇÃO CIVIL

- 246 Mandado de Segurança

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO CIVIL

- 285 Ação Rescisória

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

301 Agravo de Instrumento

323 Ação Rescisória

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

351 ApelaçÕes CÍveis

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

363 ApelaçÕes CÍveis

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

409 Agravo de Instrumento

415 Apelação CÍvel

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

428 ApelaçÕes CÍveis

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

442 Agravo de Instrumento

452 Apelação CÍvel

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

461 Agravo de Instrumento

473 ApelaçÕes CÍveis

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

576 Agravo de Instrumento

587 Apelação CÍvel

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

610 Apelação CÍvel

CÂMARAS CRIMINAIS REUNIDAS

626 Indignidade para o Oficialato

679 Perda de GraduaçãO

PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL

686 ApelaçÕes Criminais

SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL

708 ApelaçÕes Criminais

PRIMEIRA VICE-PRESIDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

737 Pedido de Suspensão de Liminar

SEGUNDA VICE-PRESIDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

747 Recursos Especiais nas Apelações Criminais

751 Recurso Especial na Revisão Criminal

TERCEIRA VICE-PRESIDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

757 Recursos Especiais em Apelações Cíveis

PRIMEIRA INSTÂNCIA

SENTENÇA

769 Juízo de Direito da comarca de Brusque

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

805 **ÍNDICE NUMÉRICO**

811 **ÍNDICE POR ASSUNTO**

833 **ÍNDICE ONOMÁSTICO**

COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(junho 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

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

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 GASPAR 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. CARLOS PRUDÊNCIO – Presidente
Des. ORLI de Ataíde RODRIGUES
Des. José TRINDADE DOS SANTOS
Des. CLÁUDIO BARRETO DUTRA
Des. José MAZONI FERREIRA
Des. LUIZ CÉZAR MEDEIROS
Des. VANDERLEI ROMER
Des. WILSON AUGUSTO DO NASCIMENTO
Des. JOSÉ VOLPATO de Souza
Des. SÉRGIO Roberto BAASCH LUZ
Des. Antônio do Rêgo MONTEIRO ROCHA
Des. FERNANDO CARIONI
Des. LUIZ CARLOS FREYESLEBEN
Des. Marco Aurélio GASTALDI BUZZI
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. JAIME RAMOS
Des. NEWTON JANKE
Des. LÉDIO ROSA DE ANDRADE
Desa. MARLI MOSIMANN Vargas
Des. SÉRGIO Izidoro HEIL
Des. JOÃO HENRIQUE BLASI

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. Eládio Torret Rocha)

Juiz de Direito de Segundo Grau JÂNIO de Souza MACHADO (subst. Des. Rui Fortes e Des. Jorge Schaefer Martins)

Juiz de Direito de Segundo Grau JAIME LUIZ VICARI (subst. Des. Gaspar Rubik)

Juíza de Direito de Segundo Grau REJANE ANDERSEN (subst. na vaga da OAB)

Juiz de Direito de Segundo Grau HENRY Goy PETRY JUNIOR (subst. Des. Marcus Tulio Sartorato)

Juiz de Direito de Segundo Grau RICARDO José ROESLER (subst. Des. Hilton Cunha Júnior)

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

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO CIVIL

Des. CARLOS PRUDÊNCIO – Presidente

Des. José TRINDADE DOS SANTOS

Des. José MAZONI FERREIRA

Des. Antônio do Rêgo MONTEIRO ROCHA

Des. FERNANDO CARIONI

Des. LUIZ CARLOS FREYESLEBEN

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. Eládio Torret Rocha)

Juiz de Direito de Segundo Grau JAIME LUIZ VICARI (subst. Des. Gaspar Rubik)

Juiz de Direito de Segundo Grau HENRY Goy PETRY JUNIOR (subst. Des. Marcus Tulio Sartorato)

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO COMERCIAL

Des. WILSON AUGUSTO DO NASCIMENTO – Presidente

Des. Marco Aurélio GASTALDI BUZZI

Des. RICARDO Orofino da Luz FONTES

Des. SALIM SCHEAD DOS SANTOS

Des. LÉDIO ROSA DE ANDRADE

Desa. MARLI MOSIMANN Vargas

Des. SÉRGIO Izidoro HEIL

Des. José Carlos CARSTENS KÖHLER

Des. JOÃO HENRIQUE BLASI

Juiz de Direito de Segundo Grau JÂNIO de Souza MACHADO (subst. Des. Jorge Schaefer Martins)

Juíza de Direito de Segundo Grau REJANE ANDERSEN (subst. na vaga da OAB)

Juiz de Direito de Segundo Grau RICARDO José ROESLER (subst. Des. Hilton Cunha Júnior)

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO

Des. ORLI de Ataíde RODRIGUES – Presidente

Des. CLÁUDIO BARRETO DUTRA

Des. LUIZ CÉZAR MEDEIROS

Des. VANDERLEI ROMER

Des. JOSÉ VOLPATO de Souza

Des. SÉRGIO Roberto BAASCH LUZ

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. Rui Fortes)

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

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Des. CARLOS PRUDÊNCIO – Presidente

Des. EDSON Nelson UBALDO

Juiz de Direito de Segundo Grau JAIME LUIZ VICARI (subst. Des. Gaspar Rubik)

Juiz de Direito de Segundo Grau JOEL DIAS FIGUEIRA JÚNIOR (Cooperador)

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Des. José MAZONI FERREIRA – Presidente

Des. LUIZ CARLOS FREYESLEBEN

Des. NEWTON JANKE

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

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Des. FERNANDO CARIONI – Presidente

Desa. MARIA DO ROCIO LUZ SANTA RITTA

Juiz de Direito de Segundo Grau HENRY Goy PETRY JUNIOR (Cooperador e subst. Des. Marcus Túlio Sartorato)

QUARTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Des. José TRINDADE DOS SANTOS – Presidente

Des. Antônio do Rêgo MONTEIRO ROCHA

Juiz de Direito de Segundo Grau RONALDO MORITZ MARTINS DA SILVA (Cooperador e subst. Des. Eládio Torret Rocha)

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. SÉRGIO Izidoro HEIL

Juiz de Direito de Segundo Grau JÂNIO de Souza MACHADO (subst. Des. Jorge Schaefer Martins)

Juíza de Direito de Segundo Grau REJANE ANDERSEN (Cooperadora)

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Des. Marco Aurélio GASTALDI BUZZI – Presidente
Juíza de Direito de Segundo Grau REJANE ANDERSEN (subst. na vaga da OAB)
Juiz de Direito de Segundo Grau RICARDO José ROESLER (subst. Des. Hilton Cunha Júnior)

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. VANDERLEI ROMER – Presidente
Des. SÉRGIO Roberto BAASCH LUZ
Juiz de Direito de Segundo Grau PAULO HENRIQUE MORITZ MARTINS DA SILVA
(Cooperador e subst. Des. Newton Trisotto)

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Des. ORLI de Ataíde RODRIGUES – Presidente
Des. CESAR Augusto Mimoso Ruiz ABREU
Des. CID José GOULART Júnior
Juiz de Direito de Segundo Grau RICARDO José ROESLER (Cooperador)

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Des. LUIZ CÉZAR MEDEIROS – Presidente
Juíza de Direito de Segundo Grau SÔNIA MARIA SCHMITZ (Cooperadora e subst.
Des. Pedro Manoel Abreu)
Juiz de Direito de Segundo Grau JÂNIO de Souza MACHADO (subst. Des. Rui Fortes)

QUARTA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Des. CLÁUDIO BARRETO DUTRA – Presidente

Des. JOSÉ VOLPATO de Souza

Des. JAIME RAMOS

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

CÂMARA CIVIL ESPECIAL

Des. NELSON Juliano SCHAEFER MARTINS – Presidente

Juiz de Direito de Segundo Grau DOMINGOS PALUDO

Juiz de Direito de Segundo Grau PAULO ROBERTO SARTORATO

Juiz de Direito de Segundo Grau ROBSON Luz VARELLA

SEÇÃO CRIMINAL

Des. Antônio Fernando do AMARAL E SILVA – Presidente

Des. João Eduardo SOUZA VARELLA

Des. SÉRGIO Torres PALADINO

Des. SOLON d'EÇA NEVES

Des. IRINEU JOÃO DA SILVA

Des. José Antônio TORRES MARQUES

Desa. SALETE SILVA SOMMARIVA

Des. ALEXANDRE d'IVANENKO

Des. MOACYR DE MORAES LIMA FILHO

PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL

Des. Antônio Fernando do AMARAL E SILVA – Presidente

Des. João Eduardo SOUZA VARELLA

Des. SOLON d'EÇA NEVES

Juiz de Direito de Segundo Grau VICTOR José Sebem FERREIRA (Cooperador)

SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL

Des. SÉRGIO Torres PALADINO – Presidente

Des. IRINEU JOÃO DA SILVA

Desa. SALETE SILVA SOMMARIVA

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

TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL

Des. José Antônio TORRES MARQUES – Presidente

Des. ALEXANDRE d'IVANENKO

Des. MOACYR DE MORAES LIMA FILHO

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

DOCTRINA

A ESPECIALIZAÇÃO DAS CÂMARAS CIVIS E A CRIAÇÃO DA 2ª VICE-PRESIDÊNCIA DO TJSC

João José Ramos Schaefer *

No “Programa Mínimo para um Novo Judiciário”, de 1999, cuja primeira redação coube ao Desembargador Amaral e Silva, e o texto final assinado pela totalidade dos Desembargadores da época, após discussões e contribuições de diversos membros do Tribunal, preconizaram-se, entre outras medidas, a criação de uma 2ª Vice-Presidência e a especialização das Câmaras Cíveis Isoladas.

Eleito e empossado Vice-Presidente da gestão 2000/2001, coube-me coordenar a implantação dessas medidas.

A especialização das Câmaras Cíveis tornou-se prioridade, em face do significativo crescimento do número de recursos.

Com tal propósito, promoveu-se de imediato amplo levantamento para verificar com maior precisão a natureza e o percentual dos diversos recursos cíveis aportados no Tribunal.

Apurados os dados respectivos, concluiu-se pela necessidade da criação de três Grupos de Câmaras: um de Direito Cível, com maior variedade de temas e material probatório mais trabalhoso; outro de Direito Comercial, com alguns temas repetitivos, mas com recursos em número maior do que os de Direito Cível; e, finalmente, um de Direito Público, com número mais expressivo de feitos, maior repetição de temas, embora não seja menor a complexidade de muitos recursos, como nos dois outros grupos.

Cada Grupo seria constituído de duas Câmaras Isoladas.

* Desembargador aposentado, ex-Presidente do TJSC e Advogado.

Paralelamente, constatamos a amplitude dos encargos que pesavam sobre a Vice-Presidência, que, dentre outras responsabilidades, despachava todos os recursos extraordinários e especiais, tanto os cíveis como os criminais, bem como os pedidos de suspensão de segurança e respectivos agravos. Além disso, cumpria ao Vice-Presidente presidir a Comissão de Concursos, dentre eles o de acesso à magistratura, e as Comissões Técnicas de Assessoramento ao Órgão Especial; competia-lhe, ainda, participar no Órgão Especial e no Conselho de Administração, bem como substituir o Presidente em suas faltas ou impedimentos, até mesmo aquelas decorrentes de viagens a serviço.

Era imperioso criar uma 2ª Vice-Presidência, à qual ficariam afetos os despachos de recursos extraordinários e especiais criminais e a presidência de uma nova Câmara Especial, que se imaginou criar em lugar de duas outras então existentes, com atribuição específica de apreciar os pedidos de efeito suspensivo em agravo de instrumento.

Os agravos, há alguns anos, por força de lei, estavam sendo apresentados diretamente no Tribunal.

Lei federal, relativamente recente à época, instituíra a tutela antecipada, forte geradora de recursos de uma ou outra parte, e era visível o crescimento de ações de revisão contratual de negócios bancários, o que fez crescer extraordinariamente não só o número de agravos como a sua própria complexidade.

Todas essas circunstâncias aconselhavam a criação de órgão específico para o exame preliminar, nos agravos, dos pedidos de efeito suspensivo, instituto então criado recentemente para substituir o anômalo uso do mandado de segurança para suspensão dos efeitos da decisão agravada.

Depois de ampla discussão desses três temas, nas Câmaras, Grupos, Seção Civil ou no Órgão Especial, em reuniões informais ou nas próprias sessões oficiais, foi editado o Ato Regimental n. 41/2001, de 9-8-2000,

que, no exercício eventual da Presidência do Tribunal, tive o privilégio de assinar.

Posteriormente, para legitimar a atribuição de gratificação ao 2º Vice-Presidente, foi encaminhado projeto de lei complementar à Assembléia Legislativa, que o discutiu e aprovou, o qual deu origem à Lei Complementar n. 200, de 22-9-2000.

Houve, é verdade, alguns questionamentos quanto à competência do Tribunal para instituir, independentemente de lei, a função de 2º Vice-Presidente e as próprias Câmaras Cíveis especializadas.

Prevaleceu, contudo, o entendimento da absoluta regularidade do ato, com base no disposto no artigo 96, I, *a*, da Constituição Federal e nos excertos jurisprudenciais e doutrinários de tomo que amparavam a orientação adotada.

O Professor Rogério Lauria Tucci, da Faculdade de Direito de São Paulo, por exemplo, sustentara em artigo na RT 765/97 que, “nos Tribunais, as normas regimentais, em determinadas circunstâncias, devem prevalecer até mesmo sobre as legais, disciplinadoras do processo e do procedimento”.

Lembrou o jurista paulista antigo voto do Ministro Costa Manso, do Supremo Tribunal Federal:

As questões interna corporis entram na competência exclusiva dos Tribunais uma vez que o Judiciário é poder político autônomo. Daí a lição de Costa Manso, de que “as leis de processo não devem ocupar-se dos atos da economia interna dos Tribunais, análogos aos que as Câmaras do Parlamento regulam nos seus respectivos regimentos”.

Trouxe a lume Lauria Tucci, igualmente, voto do eminente Ministro Paulo Brossard na ADIN n. 1105-7, do Distrito Federal, em que o acatado constitucionalista afirmou:

[...] Em outras palavras, como o Poder Legislativo, os Tribunais têm competência legislativa; reduzida, sem dúvida, delgada, ninguém o nega, circunscrita, é claro; mas, quando a exercem nos limites da Constituição, a norma por eles editada, sob a denominação de regimento, em nada é inferior à lei, e esta em nada lhe é superior. Andam em esferas distintas, que se não confundem.

De outros pronunciamentos do Excelso Pretório, recolhia-se a mesma diretriz.

Em acórdão no *Habeas Corpus* n. 74.191, de São Paulo, o relator, o Sr. Ministro Octávio Gallotti, depois de assinalar na ementa que: “*cabe aos Tribunais indicar, em Regimento Interno, o órgão fracionário competente para o julgamento. (Constituição Federal, artigo. 96, I, b)*”, acentuou no voto:

a Constituição Federal anterior deixava claro que competia aos Tribunais elaborar os seus regimentos internos, e neles estabelecer, respeitado o que preceitua a Lei Orgânica da Magistratura Nacional, a competência de seus grupos e seções, com funções jurisdicionais ou administrativas (artigos 112, parágrafo único, e 115, III) (RTJ 164/269).

O Ministro Carlos Velloso, no seu voto, sublinhou:

6. Com a atual Constituição as coisas mudaram. Com efeito, o art. 96, I, letra *a*, da Carta Política de 1988 assim estabelece, *verbis*:

“Art. 96. Compete privativamente:

“I – aos tribunais:

“a) eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos”.

7. Está claro assim – prosseguiu o Min. Carlos Velloso, que a Constituição de 1988 dá plena autonomia aos Tribunais para, em seus respectivos regimentos internos, observadas as normas de processo e as garantias processuais das partes, dispor sobre

a competência e funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos.

Essa orientação veio a ser reafirmada pelo Tribunal Pleno do STF na ADIn n. 410, de Santa Catarina, da qual foi relator o Senhor Ministro Celso de Mello, que assim ementou, dentre outros tópicos, a decisão:

A instituição do Órgão especial a que se refere o art. 93, XI, da Carta Política, formalizada em ato regimental editado pelo Tribunal de Justiça, revela-se compatível com o postulado do autogoverno da Magistratura, encontrando fundamento jurídico no art. 96, I, a, da Constituição.

O Ministro Carlos Velloso, no seu voto, sublinhou:

É preciso distinguir, ademais, a criação de órgãos do Poder Judiciário da instituição de órgãos dos Tribunais. Quanto à criação de órgãos do Poder Judiciário, há a necessidade de lei; o mesmo não ocorre com instituição ou a constituição de órgãos dos Tribunais, certo que a Constituição quando quer lei assim expressamente dispõe: CF, art. 96, I, *d*, art. 96, II, *a*, *b*, *c* e *d*.

Não há dúvida, pois, sobre a legalidade da medida adotada pelo Tribunal na definição, por Ato Regimental, da competência das Câmaras Isoladas Ordinárias e da Câmara Civil Especial, bem como da criação das funções de 2º Vice-Presidente e de Vice-Corregedor.

Na verdade, não teria sentido se o Tribunal estivesse jungido, em matéria de competência interna, às determinações da lei, o que implicaria em verdadeira intromissão de outro Poder em questões nitidamente *interna corporis*.

Depois disso, outras alterações na estrutura dos órgãos diretivos do Tribunal foram implementadas, como a criação das funções do 2º Vice-Presidente e do Vice-Corregedor, ambas com significativa contribuição na história administrativa e jurisdicional do Tribunal de Justiça, bem como a ampliação do número de Câmaras Especializadas.

A implantação dessas medidas, inclusive a da especialização, mereceu, à época, expressiva manifestação do eminente Desembargador Newton Trisotto, que para ela muito contribuiu com oportunas sugestões e pertinentes críticas, tendo Sua Excelência dito em certa ocasião, em sessão do então Órgão Especial, que a especialização constituía “a novidade mais vitoriosa nos últimos anos no Tribunal”.

ABORTO, EUTANÁSIA, RECUSA A TRATAMENTO MÉDICO E REPRODUÇÃO ASSISTIDA: INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL E BIODIREITO

Manuel Carrasco Durán, autor*

Vilson Fontana, tradutor**

Fernando Francisco Afonso Fernandez, tradutor***

1 A NATUREZA DA ARGUMENTAÇÃO CONSTITUCIONAL

O dado mais chamativo da jurisprudência constitucional sobre aspectos relativos às normas que regulam fenômenos conectados com a Bioética, ou seja, o conjunto normativo que denominamos Biodireito, é que esse, normalmente e salvo exceções, operou uma desconstitucionalização do regime jurídico de ditos direitos.

Parece evidente que práticas como a eutanásia ou o suicídio assistido, a interrupção voluntária da gravidez e o uso de técnicas de reprodução assistida envolvam a faculdade das pessoas de tomar opções vitais conforme a preferência ética livremente escolhida e a direitos que têm uma estreita conexão com a idéia da dignidade individual. Sem embargo, ao tratar de problemas relativos a práticas como as citadas, a jurisprudência normalmente compensa os direitos fundamentais afetados em cada caso com uma série de valores e idéias morais que lhe servem de contrapeso, com os quais o resultado é que aquela deixa às leis discricionariedade quase absoluta para estabelecer o regime jurídico desse tipo de fenômeno. De efeito, em uma situação na qual há direitos que apontam para a ampliação do âmbito de faculdades que as pessoas podem exercer em relação a novos fenômenos da

* Professor/Doutor titular de Direito Constitucional da Universidade de Sevilla, Espanha.

** Doutorando do Curso de Direito Constitucional da Universidade de Sevilla, Espanha, e Juiz de Direito da comarca de Florianópolis/SC.

*** Professor da Univali-Tijucas, Mestre em Direito e Advogado.

técnica que afetam a sua vida, a sua intimidade e a sua saúde, contrapõem-se valores objetivos que operam numa direção contrária; a jurisprudência termina deixando ao legislador discricionariedade para optar pela hora de regular tais práticas, por critérios sustentados por maiorias políticas de cada momento em torno de quais elementos, direitos ou limites devem primar na regulação, o que faz com que a jurisprudência constitucional admita tanto regulamentações que permitem de maneira aberta tais práticas como outras que as proíbem ou as limitam drasticamente, passando por regulamentações intermediárias. Em outras ocasiões, a jurisprudência tende, até mesmo, a negar a vinculação de tais práticas com os direitos fundamentais dos indivíduos.

Esse resultado, sem embargo, supõe, diante disso, uma desfundamentação dos direitos envolvidos nesse tipo de prática. Como é conhecida, a qualidade fundamental de um direito vem determinada, essencialmente, pela resistência de seu *contenido esencial*¹ à lei (que necessariamente deve respeitar dito *contenido*), o qual, ademais, tem eficácia direta para seu exercício por parte dos cidadãos. Deixar para a lei a discricionariedade na regulamentação de um fenômeno dá lugar ao mesmo resultado que se produziria se em dito fenômeno não estivessem em jogo direitos fundamentais. Finalmente, a desfundamentação do Biodireito supõe, também, sua desconstitucionalização, já que a Constituição penetra neste âmbito material por meio dos direitos fundamentais afetados pelas práticas que esse setor do ordenamento jurídico contempla.

A argumentação jurídica somente tem caráter verdadeiramente constitucional se, em primeiro lugar, os direitos são contrapesados com valores ou bens realmente derivados da Constituição, já que, em caso contrário, diminui-se, na realidade, o valor constitucional dos direitos,

1 O “*contenido esencial*” dos direitos fundamentais aparece regulado na Constituição Espanhola (artigo 53), que o toma da Lei Fundamental de Bonn, e é um limite à sua regulação pela Lei. A Lei pode regular os direitos fundamentais, e até há de fazê-lo, porém a regulamentação não pode afetar seu “*contenido esencial*” (nota do tradutor).

ao admitir-se que fiquem limitados por elementos não reconhecidos pela Constituição. Ademais, a contraposição entre direitos individuais e valores ou bens objetivos que se utilizem como limites àqueles deve observar técnicas de argumentação de natureza constitucional. Em relação a esse último ponto, desempenha um papel muito importante para determinar a validade constitucional de um limite interposto por uma lei a um direito fundamental a aplicação do princípio da proporcionalidade, em suas três facetas: *adequação* ou *idoneidade*, em que o limite deve ser útil para conseguir evitar a quebra de um valor ou bem reconhecido pela Constituição; *necessidade*, em que o limite só é admissível se não existirem meios que conseguiriam a finalidade pretendida com um grau menor de sacrifício do direito fundamental afetado; e *proporcionalidade em sentido estrito*, que significa que a sociedade deve receber, na aplicação do limite, benefícios que compensem a diminuição que supõe ao indivíduo a limitação ou privação do benefício em uma determinada situação. Isso faz com que regulamentações que impeçam ou limitem drasticamente o acesso a práticas nas quais estão envolvidos direitos fundamentais devam ser examinadas com um rigor especial desde uma argumentação que se quer denominar como constitucional.

Começaremos expondo os resultados aos quais se chega a uma construção doutrinal de natureza constitucional relacionada com o reconhecimento do direito ao consentimento informado para, posteriormente, remarcar as distintas conclusões que se derivam da utilização de uma argumentação que não tem verdadeira natureza constitucional para tratar fenômenos como o suicídio assistido, a interrupção voluntária da gravidez ou o acesso a técnicas de reprodução assistida.

2 O DIREITO AO CONSENTIMENTO INFORMADO

Um exemplo de raciocínio constitucional é o que a jurisprudência aplica atualmente ao direito do paciente ao consentimento informado, que

implica no direito de renunciar a um tratamento médico. Na jurisprudência dos Estados Unidos, a decisão do Tribunal de Apelação de Nova York no caso *Schloendorff* (1914) marca o começo da doutrina segundo a qual a mera intervenção de um médico sem o consentimento do paciente supõe uma agressão (*assault*), pela qual se pode reclamar legalmente danos², de maneira que se dá um passo além da jurisprudência anterior, que vinha condenando os médicos somente se a intervenção causava algum dano físico ao paciente. A sentença do caso *Schloendorff* se baseou não só no direito à integridade física (*bodily integrity*) do paciente, mas, também, em seu direito à autodeterminação (*right to self-determination*). Finalmente, o Tribunal Supremo admitiu que o direito ao consentimento informado (*informed consent*)³ deriva do direito da liberdade (*liberty interest*), reconhecido pela Constituição na 14ª Emenda [caso *Washington v. Harper* (1990⁴)], ou no *liberty interest* e no direito a um julgamento justo da 6ª Emenda [caso *United States v. Riggins* (1992⁵)]. A sentença do Tribunal Supremo dos Estados Unidos mais significativa sobre essa matéria é a relativa ao caso *Cruzan v. Director, Missouri Department of Health* (1990)⁶, que afirma que o indivíduo tem direito fundado na Constituição a recusar tratamentos médicos não desejados que se deduzem de seu direito fundamental à integridade física e no *liberty interest* vinculado ao direito ao devido processo (*due process of law*) da 14ª Emenda. Como assinala a sentença:

La noción de integridad física ha sido vinculada a la exigencia de consentimiento informado requerida generalmente para tratamiento médico... El corolario lógico de la doctrina del consentimiento informado es que el paciente posee en general el derecho a no consentir, es decir, a rechazar un tratamiento... El principio de que una persona

2 “Every human being of adult years and sound mind has the right to determine what shall be done with his own body; and a surgeon who performs an operation without his patient’s consent commits an assault, for which he is liable in damages” [*Schloendorff v. Society New York Hospital*, 105 N. E. 92 (1914)].

3 O termo “*informed consent*” aparece pela primeira vez em 1957, na sentença que decide o caso *Salgo v. Leland Stanford, Jr. University Board of Trustees* [317 P.2d 170 (Cal. App. 1957)].

4 494 U.S. 210 (1990)

5 504 U.S. 127, 243 (1992)

6 497 U.S. 261 (1990)

*capaz tiene un derecho a la libertad constitucionalmente protegido para rehusar tratamientos médicos no queridos puede ser derivado de nuestras sentencias anteriores*⁷.

No mesmo sentido, o Tribunal Supremo de Nevada autorizou em novembro de 1990, no caso *Mckay v Bergstedt*⁸, a retirada do respirador de um jovem tetraplégico, ao fundamento de que o direito do indivíduo a decidir tem mais valor que o interesse do Estado em preservar a vida. Da mesma forma, é significativa a controvérsia judicial que envolveu o caso *Schiavo*, tanto por sua importância jurídica como pela repercussão social do caso⁹.

7 “The notion of bodily integrity has been embodied in the requirement that informed consent is generally required for medical treatment... The logically corollary of the doctrine of informed consent is that the patient generally possess the right not to consent, that is, to refuse treatment... The principle that a competent person has a constitutionally protected liberty interest in refusing unwanted medical treatment can be inferred from our prior decisions.”

No caso, discutia-se se era de acordo com a Constituição que a Lei do Estado de Missouri exigisse “*clear and convincing evidence*” de que a interrupção do tratamento médico é a vontade pessoal dos pacientes para permitir aos seus representantes outorgar consentimento válido à dita interrupção, no caso de a enfermidade de que sofrem os pacientes os levar a uma situação que lhes impeça de expressar seu desejo de que o tratamento que estão recebendo para os manter vivos seja interrompido. A sentença considerou que pode derivar da Constituição o direito do paciente a não consentir tratamentos não desejados, porém, ao mesmo tempo, entendeu, também, que, no caso de que o consentimento se outorgue por representação, são conformes com a Constituição as precauções expressadas na lei discutida, dirigidas a assegurar que a decisão de não continuar o tratamento realmente corresponda à vontade do paciente.

A demanda mediante a qual se pretendia retirar da Senhora Cruzam os aparelhos de hidratação e alimentação que a mantinham com vida foi indeferida porque os demandantes não chegaram a provar de uma forma clara e convincente que dita decisão correspondia a um desejo da Senhora Cruzam. Sem embargo, posteriormente, aportou-se prova adicional que conduziu a uma resolução judicial que entendeu que havia evidência clara e convincente de que os desejos por aquela expressados, quando ainda era capaz, foram no sentido de querer que os tubos lhes fossem desconectados.

8 801. p. 2d 617, 637 (1990).

9 A senhora Schiavo havia permanecido em estado vegetativo desde 1990. Em 1998, seu marido obteve resolução judicial a qual autorizava a equipe médica que a atendia a retirar os meios que a mantinham viva. Os pais da senhora Schiavo iniciaram uma batalha judicial no curso da qual se produziram várias resoluções judiciais que indeferiram sempre suas pretensões. O Congresso da Flórida chegou a aprovar uma lei em outubro de 2003 que permitia ao Governador decidir sobre certas decisões judiciais e cujo motivo era tratar especificamente o caso de Schiavo, que havia sido desconectada dos aparelhos que a alimentavam, pela segunda vez, em 15 de outubro de 2003 (anteriormente os aparelhos haviam sido desconectados em 2001, porém a ordem judicial foi revogada poucos dias após por outro tribunal). Essa lei foi declarada inconstitucional pela Corte Suprema da Flórida no dia 23 de setembro de 2004. Em 18 de março de 2005, foram retirados por ordem judicial os tubos de nutrição e hidratação de Tereza Schiavo, que morreu em 31 de março. Em 21 de março de 2005, o presidente George Bush promulgou uma lei para tratar do caso Schiavo, que não evitou o desenlace. Esse assunto é importante pois teve uma solução distinta do caso Cruzam. De fato, a senhora Schiavo não havia deixado escritas instruções acerca de sua vontade em caso de que se produzisse essa situação, porém seu marido assegurou que ela jamais quis ser mantida com vida de maneira artificial, em um estado vegetativo e sem esperança de recuperação.

Na Espanha, as sentenças da Sala Primeira do Tribunal Supremo¹⁰, de 12 de janeiro de 2001 e 11 de maio de 2001, consideraram o consentimento informado como “*um derecho humano fundamental*”, que toma sua base no “*derecho a la libertad personal, a decidir por sí mismo en lo atinente a la propia persona y a la propia vida y consecuencia de la autodisposición sobre el propio cuerpo*» e que está fundamentado “*en la misma Constitución española, en la exaltación de la dignidad de la persona que se consagra en su artículo 10.1, pero sobre todo, en la libertad, de que se ocupa el artículo 1.1 reconociendo la autonomía del individuo para elegir entre las diversas opciones vitales que se presenten de acuerdo con sus propios intereses y preferencias*”. Para essas sentenças, o consentimento informado é “*consecuencia necesaria o explicitación de los clásicos derechos a la vida, a la integridad física y a la libertad de conciencia*”. Se bem que a jurisprudência do Tribunal Supremo segue oscilando entre as decisões que, seguindo a doutrina clássica, exigem que a intervenção não consentida do médico seja a causa de um dano sofrido pelo paciente para lhe reconhecer o direito a ser indenizado, e outras que,

10 Na Espanha, o Tribunal Supremo é a mais alta Corte da Justiça ordinária, sem competência para apreciar a inconstitucionalidade de lei (somente pode julgar nos casos em que a lei é reconhecida como constitucional pelo próprio Tribunal).

Por sua vez, O Tribunal Constitucional é órgão independente dos demais poderes, fora, portanto, do Poder Judiciário, com organização prevista no art. 159 da CE (Constituição Espanhola), que estabelece:

1. El Tribunal Constitucional se compone de 12 miembros nombrados por el Rey: de ellos, cuatro a propuesta del Congreso por mayoría de tres quintos de sus miembros; cuatro a propuesta del Senado, con idéntica mayoría; dos a propuesta del Gobierno y dos a propuesta del Consejo General del Poder Judicial.

2. Los miembros del Tribunal Constitucional deberán ser nombrados entre Magistrados y Fiscales, Profesores de Universidad, funcionarios públicos y abogados, todos ellos juristas de reconocida competencia con más de quince años de ejercicio profesional.

3. Los miembros del Tribunal Constitucional serán designados por un período de nueve años y se renovarán por terceras partes cada tres.

4. La condición de miembro del Tribunal Constitucional es incompatible: con todo mandato representativo; con los cargos políticos o administrativos; con el desempeño de funciones directivas en un partido político o en un sindicato y con el empleo al servicio de los mismos; con el ejercicio de las carreras judicial y fiscal; y con cualquier actividad profesional o mercantil.

En lo demás los miembros del Tribunal Constitucional tendrán las incompatibilidades propias de los miembros del poder judicial.

O art. 161 da CE estabelece que é competência exclusiva do Tribunal Constitucional declarar a inconstitucionalidade de uma lei ou as disposições normativas com força de lei, por meio dos processos de declaração de inconstitucionalidade ou do recurso de amparo (nota do tradutor).

conforme uma doutrina mais atual, entendem que a falta de informação constitui, por si mesmo, “*un daño moral grave en sí mismo, distinto y ajeno al daño corporal derivado de la intervención*”, ainda que o dano físico sofrido pelo paciente não seja imputável à intervenção não consentida do médico (STS de 4 de abril de 2000) (GUERRERO ZAPLANA, 2004, p. 173-226).

Para o Tribunal Constitucional, a recusa a um tratamento, ao supor a oposição do paciente à ingerência alheia sobre seu próprio corpo, supõe exercitar

un derecho de autodeterminación que tiene por objeto el propio sustrato corporal – como distinto del derecho a la salud o a la vida – y que se traduce en el marco constitucional como un derecho fundamental a la integridad física (art. 15 de la Constitución)¹¹.

O caso que teve maior repercussão na opinião pública foi o de Inmaculada Echevarría, uma pessoa afetada por uma distrofia muscular progressiva, que solicitou a retirada do respirador que a mantinha viva há nove anos. Em 11 de março de 2007, a *Junta de Andalucía*¹² decidiu aceitar sua petição.

A sentença do Tribunal Europeu de Direitos Humanos de 29 de abril de 2002, no caso *Pretty contra Reino Unido*, entendeu também que

la imposición de un tratamiento médico sin la aprobación del paciente si es adulto y sano mentalmente se considera un ataque a la integridad física del interesado que afecta a los derechos protegidos en el artículo 8.1 del Convenio (fundamento jurídico 63).

Esta vinculação do direito ao consentimento informado com direitos fundamentais do paciente supõe que as leis devem necessariamente reconhecer a faculdade de exercer tal direito e que somente poderão limitar

11 STC 154/2002, FJ 9. – As sentenças do Tribunal Constitucional mencionadas no texto são antecedidas da sigla STC e complementadas com o número da decisão de acordo com o ano em que são proferidas (independentemente do número de origem do processo). Podem ser consultadas no *site* www.tribunalconstitucional.es (nota do tradutor).

12 A *Junta de Andalucía* é o Governo da Comunidade Autónoma de Andalucía.

aquele no caso de, em situações determinadas, seu exercício afetar direitos fundamentais de outras pessoas, bens ou valores cuja proteção encontre um fundamento constitucional¹³.

Por exemplo, no caso das Testemunhas de Jeová ou de adeptos de outras seitas que rejeitam, por motivos religiosos determinados, tratamentos¹⁴, os órgãos judiciais, normalmente, autorizam submeter a ditos tratamentos os menores de idade, precisamente no interesse deles e dada a sua falta de capacidade, mesmo quando há a oposição de seus pais, se bem que as decisões variam segundo os fatores concorrentes em cada caso, como pode ser a maior ou a menor urgência da intervenção, o maior ou o menor risco para a vida do menor se não se produz a intervenção médica ou o seu grau de maturidade, se esse manifesta seu desejo de não se submeter aos tratamentos incompatíveis com suas crenças religiosas¹⁵.

Em definitivo, a constitucionalização do *status* do paciente em sua relação com o médico gerou uma modificação na forma tradicional de

13 Desse modo, o artigo 9 da Lei n. 41/2002, de 14 de novembro, reguladora da autonomia do paciente e de direitos e obrigações em matéria de informação e documentação clínica, estabelece que os facultativos poderão levar a cabo as intervenções clínicas indispensáveis em favor da saúde do paciente, sem necessidade de contar com seu consentimento, quando exista risco para a saúde pública por causa de razões sanitárias estabelecidas pela lei e quando exista risco imediato grave para a integridade física ou moral do enfermo e não possibilite conseguir sua autorização consultando, quando as circunstâncias o permitem, seus familiares ou a pessoas vinculadas de fato a ele. O mesmo artigo estabelece os casos em que é possível o consentimento por representação.

14 Mais radical é o caso dos seguidores da *Christian Science (Church of Christ Science)*, que recusam todo tratamento médico em geral, de maneira que somente alguns de seus adeptos utilizam analgésicos contra a dor, ou os seguidores da Igreja do Tabernáculo (*Faith Tabernacle Church*), que não aceitam as vacinações obrigatórias.

15 A STC 154/2002 é significativa de qual é a fronteira entre o tratamento forçado e o respeito à liberdade religiosa. No caso, estão implicados os pais e seu filho, que eram Testemunhas de Jeová. Os médicos haviam diagnosticado a necessidade de transfusão de sangue no menino. Os pais e o filho negaram-se à prática da transfusão, e o hospital, no qual houve o primeiro ingresso, solicitou uma autorização judicial para poder levar a cabo a transfusão. Sem embargo, os médicos não puderam executar a ordem do Juiz em razão da forte oposição do menino. Finalmente, após uma larga série de episódios, o menino ingressou em outro hospital, no qual os médicos levaram a cabo a transfusão de sangue conforme uma nova decisão judicial, porém a gravidade do estado em que se encontrava o menino naquele momento fez com que dita transfusão não tivesse efeito, o que o levou à morte. Os pais foram condenados como culpados do delito de homicídio pelo Tribunal Supremo, porque não consentiram em autorizar a transfusão, nem tentaram convencer o filho a aceitar a referida prática, além do que haviam tratado de impedir a prática da transfusão. O Tribunal Constitucional entendeu, no fundamento jurídico 15 da dita decisão, que "la expresada exigència a los padres de una actuación persuasiva o que fuese permisiva de la transfusión, una vez que posibilitaran sin reservas la acción tutelar del poder público para la protección del menor, contradice em su propio núcleo su derecho a la libertad religiosa y va más allá del deber que les era exigible em virtud de su especial posición jurídica respecto del hijo menor".

administrar a medicina. O fato de fundar a capacidade de decidir dos pacientes em seus direitos fundamentais impôs um câmbio no modelo tradicional da prática médica baseado no princípio objetivo de beneficência por outro baseado no princípio subjetivo de autonomia individual do paciente. Certamente, o modelo baseado na autonomia do paciente segue confrontando com algumas resistências entre os médicos, porém, o fato de que o consentimento informado encontra sua raiz nos direitos fundamentais faz com que o direito do paciente a que os tratamentos que se lhe apliquem respeitem os termos do seu consentimento prevaleça sobre a inércia derivada dos modos tradicionais de aplicar a medicina. Esse fato, ademais, obriga a questionar as controvérsias derivadas da negativa dos pacientes em receber determinados tratamentos quando há conflitos entre direitos fundamentais ou entre direitos fundamentais e bens e valores constitucionais garantidos pelo Estado e a aceitar somente limitações ao direito do paciente ao consentimento informado quando realmente obedecem à necessidade de proteger alguns de tais direitos, bens ou valores e se mostrem como proporcionados em relação com o fim que os motiva.

3 O DIREITO DE DECIDIR SOBRE A PRÓPRIA MORTE

Ao contrário do que ocorre com o direito ao consentimento informado, a prática jurídica não deu ainda o passo para reconhecer o *status* de fundamental ao direito das pessoas de decidir sobre sua própria morte. São significativas as seguintes palavras da STC 120/1990:

Tiene, por consiguiente, el derecho a la vida un contenido de protección positiva que impide configurarlo como un derecho de libertad que incluya el derecho a la propia muerte. Ello no impide, sin embargo, reconocer que, siendo la vida un bien de la persona que se integra en el círculo de su libertad, pueda aquélla fácticamente disponer sobre su propia muerte, pero esa disposición constituye una manifestación del agere licere, en cuanto que la privación de la vida propia o la aceptación de la propia muerte es un acto que la ley no prohíbe y no, en ningún modo, un derecho subjetivo que implique

*la posibilidad de movilizar el apoyo del poder público para vencer la resistencia que se oponga a la voluntad de morir, ni, mucho menos, un derecho subjetivo de carácter fundamental en el que esa posibilidad se extienda incluso frente a la resistencia del legislador, que no puede reducir el contenido esencial del derecho*¹⁶.

Por isso, o indivíduo somente poderá exercer seu direito de decidir sobre a sua própria morte nos termos em que lhe permita a legislação vigente. O direito de a pessoa de decidir sobre a sua própria morte não deriva do direito à vida reconhecido pela Constituição, como reafirmou a sentença do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, de 29 de abril de 2002 (*Caso Pretty v Reino Unido*).

A STC 120/1990, seguindo o estabelecido pela STC 53/1985, considera a vida como um bem objetivo ou valor fundamental, pressuposto de todos os direitos, que pode ser imposto à pessoa, até mesmo contra a sua vontade. Ainda, as atuações do indivíduo tendentes a causar sua morte podem ser objeto de limites especiais, que não seriam aplicáveis a pessoas em situação normal, quando aquele se vê submetido a uma relação de especial sujeição, ou seja, quando aquele se encontra internado em um estabelecimento público e, portanto, tem de respeitar as regras de ordem interna e disciplinas próprias de dito estabelecimento, como ocorre no caso dos presos¹⁷. Como resultado, o preso é livre para se declarar em greve de fome, como sucedeu no caso resolvido pela sentença citada, porém, a Administração pode, ao mesmo tempo, alimentá-lo forçosamente, até mesmo quando a técnica de alimentação forçada afete sua integridade física e frustre o logro pretendido por aquele.

Finalmente, a situação do preso em sua relação com a administração, nessas situações, fica privada do seu *status* de fundamental e, portanto, submetida ao *contenido* concreto que em cada momento adotam as normas

16 STC 120/1990, FJ 7.

17 A sentença trata sobre o recurso de vários presos do bando terrorista ETA que se declararam em greve de fome para demandar o agrupamento de todos os presos do bando no mesmo centro penitenciário.

reguladoras da ordem interna da disciplina do centro penitenciário. A situação é muito diferente quando se deriva da constitucionalização do direito ao consentimento informado, que alcança também os presos. Assim, por exemplo, nos Estados Unidos, o Tribunal de Apelações do Décimo Circuito decidiu, no caso *Bee v. Greaves*¹⁸ (1984), que a administração forçosa de substâncias psicotrópicas a um recluso entra no âmbito da *privacy* protegida pela 1ª Emenda da Constituição dos Estados Unidos e somente poderia ser levada a cabo se contivesse um interesse imperioso (*compelling interest*) do Estado. O Tribunal Supremo também decidiu, no caso *Washington v Harper* (1990), que a injeção de medicamentos não consentida representa uma substancial interferência no *liberty interest* protegido pela 14ª Emenda, que não pode ser admitida pelo fato de que a pessoa na qual se administra o medicamento está interna em um centro penitenciário. No caso *United States v Riggins* (1992), o Tribunal Supremo adicionou aos argumentos da decisão do caso *Harper* que o *liberty interest* em jogo deriva do direito a um julgamento justo, reconhecido pela 6ª Emenda (TARODO SORIA, 2006, p. 243).

Não obstante, os principais problemas nesta matéria surgiram em relação à eutanásia. A esse respeito devem distinguir-se: a *eutanásia passiva*, caracterizada pela omissão de determinados procedimentos terapêuticos que somente conseguiriam prolongar artificialmente a vida e retardar desnecessariamente uma morte segura, ou mediante a desconexão ou supressão de procedimentos técnicos extraordinários incapazes de evitar a morte; a *eutanásia ativa indireta*, que consiste na aplicação de medicamentos ou tratamentos paliativos da dor, que podem adiantar a morte, e a *eutanásia ativa*, que é a produção da morte mediante um comportamento positivo na fase terminal de uma enfermidade mortal ou em casos de padecimentos incuráveis ou insuportáveis (GARCÍA ARAN, 1995, p. 13-14). O primeiro caso é somente uma consequência do direito de recusar um tratamento

18 744 F.2d 1387, 1394 (10ª Cir. 1984).

médico, que deriva do consentimento informado, como examinamos anteriormente. Os outros dois casos entram no que se costuma denominar “suicídio assistido”, que, normalmente, está penalizado no Código Penal de distintos países.

O fato de que não se origina da Constituição um direito fundamental de decidir sobre a própria morte¹⁹, em situações de grave padecimento físico e psíquico faz com que a regulação da eutanásia fique por conta do que estabelecem as leis.

A jurisprudência dos Estados Unidos não constitucionalizou o direito à eutanásia. Por exemplo, não existe na sentença do caso *Cruzan* um pronunciamento sobre um direito constitucional de decidir sobre a própria morte. A sentença funda seu pronunciamento favorável à existência de um direito fundado na Constituição de rejeitar tratamentos não desejados em princípio como o direito à integridade física e ao consentimento informado, porém, não menciona as idéias de autonomia ou autodeterminação individual. O mesmo Tribunal Supremo dos Estados Unidos, na sua sentença do caso *Washington v Glucksberg*²⁰, entendeu como de acordo com a Constituição a Lei do Estado de Washington que considerava culpada de um delito de tentativa de suicídio a pessoa que causara ou ajudara outra pessoa a tentá-lo, diante de uma demanda de médicos de Washington que alegavam que a lei lhes proibia prescrever medicação para acelerar a morte de três enfermos graves que haviam expressado seu desejo de morrer. A sentença, paradoxalmente, admite que “a decisão de cometer suicídio com a assistência de outro pode ser exatamente tão pessoal e profunda como a decisão de rejeitar tratamento médico não desejado”, porém, ao mesmo

19 Alguns Estatutos de Autonomia (que no Brasil equivalem às Constituições Estaduais), recentemente aprovados, reconhecem como direito o testamento vital e a dignidade ante o processo da própria morte, como, por exemplo, os Estatutos da Cataluña e Andaluzia, se bem que não chegaram a reconhecer um direito ao suicídio assistido. A legislação penal é competência do Estado e o Código Penal penaliza o suicídio assistido (arts. 149.1.6 da Constituição Espanhola e 143 do Código Penal).

20 521. U.S. 702 (1997).

tempo expressa que “aquela nunca gozou de similar proteção legal”, e concluiu acrescentando que, “de fato, os dois atos são considerados claros e razoavelmente como muito diferentes”. Uma fundamentação similar serve ao Tribunal Supremo, no caso *Vacco v. Quill*²¹, também para cassar a sentença do Tribunal de Apelações de Nova York que sustentou que uma lei do dito Estado violava o direito de igual proteção (*equal protection*) porque permitia aos pacientes recusar tratamento médico que lhes pudesse salvar a vida, porém considerava delito ajudar outra pessoa a cometer suicídio.

Na Espanha, deve citar-se, especialmente, a sentença da Audiência Provincial de La Coruña, de 13 de novembro de 1996, sobre o caso Ramón Sampedro, na qual, baseando-se nos argumentos da STC 120/1990, decidiu que aquele não tinha direito de lograr que se lhe administrasse um medicamento para terminar com sua vida, já que não podia exercer um direito à própria morte²².

As sentenças anteriores admitem, pois, a diferença que as leis estabelecem entre o direito de rejeitar um tratamento e o suicídio assistido; porém, ao fazê-lo assim, fundamentam-se somente em termos legais. Pelo contrário, se estivessem fundamentadas em termos constitucionais, seriam obrigadas a se perguntar se dita diferença estava justificada, levando em conta que, como admite a sentença do caso *Washington v. Glucksberg*, ambas as condutas estão baseadas em razões pessoais e profundas. Desde o ponto de vista do Direito Constitucional, o que interessa é, precisamente, o vínculo do suicídio assistido com a liberdade ideológica e a autonomia da pessoa, não o tipo de intervenção que supõe ditas atuações. Consideramos que, desde a perspectiva constitucional, é mais correto falar de um eventual

21 521 U.S. 793 (1997).

22 O filme “Mar adentro”, rodado na Espanha em 2004, com a direção de Alexandro Amenábar, retrata o drama da morte de Ramón Sampedro. Mais informações no site <http://www.comciencia.br/resenhas/2005/05/resenha1.htm> (nota do tradutor).

direito de decidir sobre a própria morte do que de um direito a morrer, já que é a liberdade e a autonomia da pessoa que estão em jogo.

No aspecto legislativo, foi o Estado de Oregon o primeiro lugar do mundo em que se legalizou a eutanásia, o que foi elevada a cabo mediante a *Oregon Death with Dignity Act*, que foi aprovada no referendo de 19 de novembro de 2004 por 51.3% dos votantes, e que entrou em vigor após uma complicada controvérsia jurídica em 27 de outubro de 1997. A lei autoriza os médicos a prescrever substâncias letais aos pacientes que as solicitarem, em estado terminal, com seis meses de esperança de vida, se bem que serão os próprios enfermos a subministrar tais substâncias. Um provimento que promovia a derrogação da lei foi rechaçado em 1997 por 60% dos votantes. Finalmente, o Tribunal Supremo dos Estados Unidos decidiu, em 2006, que o Ministro da Justiça não pode anular leis dos Estados que versem sobre o uso apropriado de medicamentos que não estão proibidos, e, desse modo, confirmou a aplicação da *Oregon Death with Dignity Act*²³.

Sem embargo, o primeiro País do mundo a legalizar a eutanásia ativa foi a Holanda em 2001, ainda que essa prática tenha sido tolerada por anos em dito País. De fato, em 1984, o Tribunal Supremo Holandês admitiu a possibilidade de não sancionar alguns atos de eutanásia, e em 1993 foi aprovada uma lei que, ainda que não chegasse a despenalizá-la, contemplava sua aplicação em determinados casos. Finalmente, o Senado Holandês aprovou em 10 de abril de 2001 a Lei de Terminação da Vida a Pedido Próprio e Auxílio a Suicídio, que exime de responsabilidade penal os médicos que praticam a eutanásia sempre que um enfermo em fase terminal o decida livremente e esteja submetido a um sofrimento insuportável e sem expectativa de melhora²⁴. Também a Bélgica, mediante a Lei relativa à eutanásia, de 23 de setembro de 2002, despenalizou-a

23 Caso *Gonzales v. Oregon*, 546 U.S. 243 (2006)

24 A Lei entrou em vigor em 1º de abril de 2002.

para os adultos em certos casos e sob estritas condições. Ambos os países preparam na atualidade uma regulamentação da eutanásia para crianças e pessoas dementes.

A eutanásia foi também permitida durante um tempo no Território do Norte da Austrália, mediante a *Right of the Terminally III Act*, que foi aprovada em 25 de maio de 1995 e entrou em vigor em julho de 1996, porém derogada pelo Parlamento Federal em 24 de março de 1997.

O suicídio assistido é permitido na Suíça pelo artigo 115 do Código Penal. Naquele País, uma sentença do Tribunal Supremo de 2 de fevereiro de 2007 estendeu essa faculdade aos enfermos psíquicos com autorização médica.

No Reino Unido há um projeto de lei na Câmara dos Lordes sobre a legalização da eutanásia voluntária, e, na Califórnia e em Vermont (Estados Unidos), também tramitam leis sobre essa prática, pois seguem o modelo de Oregon.

Sem embargo, nos anteriores casos, o reconhecimento do direito de decidir sobre a própria morte ficou no nível legislativo²⁵. Da mesma forma em que houve o reconhecimento da possibilidade de aceder a determinadas práticas de eutanásia, os países anteriores podiam também ter deixado de regular este tema, como ocorre na maioria deles. O único caso de reconhecimento Constitucional do direito à eutanásia se deve à Jurisprudência da Corte Constitucional da Colômbia, que, na sentença de 20 de maio de 1997, estabeleceu:

La decisión de cómo enfrentar la muerte adquiere una importancia decisiva para el enfermo terminal, que sabe que no puede ser

25 É mais frequente o reconhecimento da faculdade de ditar os documentos de vontade antecipada ou instruções prévias, mediante os quais as pessoas podem manifestar antecipadamente sua vontade sobre cuidados e tratamentos de saúde, ou, uma vez chegado o falecimento, sobre o destino de seu corpo ou de seus órgãos, com o objetivo de que dita vontade se cumpra no momento em que cheguem situações nas quais não seja capaz de expressar pessoalmente (*vide* Art. 11 da Lei n. 41/2002, de 14 de novembro). Os documentos de vontade antecipada ou as instruções prévias foram regulados, ademais, pelas Comunidades Autônomas. Sobre o tema, *vide* J. Guerreiro Zaplana (2004, p. 113-163).

curado, y que por ende no está optando entre la muerte y muchos años de vida plena, sino entre morir en condiciones que él escoge, o morir poco tiempo después en circunstancias dolorosas y que juzga indignas. El derecho fundamental a vivir en forma digna implica entonces el derecho a morir dignamente²⁶.

A conseqüência da sentença anterior é clara: o Código Penal não pode penalizar o auxílio ao suicídio dos pacientes que se encontram na situação descrita, e a norma que a penaliza seria contrária à Constituição. Dito em outros termos, da constitucionalização do direito de acolher-se o suicídio assistido (ou “homicídio por piedade”, utilizando a terminologia de uso na Colômbia), em tais casos, deriva-se a obrigação de o Estado, até mesmo do Poder Legislativo, respeitar a prática desse direito²⁷.

A prática que proíbe o suicídio assistido nos casos de enfermos terminais ou sem esperança de cura submetidos a graves padecimentos utiliza a vida como um valor objetivo que a sociedade pode impor a uma pessoa, até mesmo contra a sua vontade. Com isso, faz uma interpretação incorreta da Constituição. Por uma parte, a Constituição reconhece o direito à vida como um direito subjetivo, que, como tal, deve considerar-se renunciável, como ocorre com os demais direitos fundamentais, tais como o direito à integridade física (pode-se sancionar um jovem que coloca um *piercing* argumentando que a integridade física das pessoas é um valor objetivo fundamental?) ou o direito à intimidade (pode-se sancionar uma atriz que revela detalhes da sua vida íntima durante uma entrevista na televisão sob o argumento de que a garantia da intimidade das pessoas é um valor objetivo fundamental?).

26 Sentença C-239/97, de 20 de mayo de 1997. Vide http://www.secretariasenado.gov.co/leyes/SC239_97.HTM

27 A sentença da Corte Constitucional da Colômbia declarou em conformidade com a Constituição o art. 326 do Código Penal colombiano, que regula o chamado “homicídio por piedade”, porém, “com a advertência de que, no caso dos enfermos terminais em que concorra a vontade livre do sujeito passivo do ato, não poderá derivar-se responsabilidade para o médico autor, pois a conduta está justificada”, e, seguidamente, decidiu “exortar ao Congresso para que, no mais breve tempo, e conforme os princípios constitucionais e as elementares considerações de humanidade, regule o tema da morte digna”.

Por outra parte, a prática de proibir o chamado suicídio assistido dá preferência objetiva ao valor da vida, porém, não leva em consideração o dado evidente de que os enfermos terminais ou sem esperança de cura sobrevivem em condições que afetam seu direito à integridade física e moral e, até mesmo, seu direito à honra e à intimidade, quando submetidos a graves padecimentos causados por sua doença ou pelos aparatos médicos com os quais são tratados. Ainda, tal prática faz prevalecer o valor da vida, em sentido objetivo, sobre o valor da dignidade dessa.

Pertence ao indivíduo a opção de decidir a quais de seus direitos fundamentais dá prioridade em uma situação em que sua decisão não afeta a terceiros pessoas. Não é função do Estado decidir, com base nas valorações éticas ou filosóficas, quais direitos ou valores têm prioridade sobre outros quando a decisão somente afeta o indivíduo envolvido no caso (MORENO ANTÓN, 2004, p. 69).

Certamente, não pode admitir-se um conceito de direitos fundamentais como absolutamente renunciáveis, dando por suposto que o consentimento para a sua violação sempre é livre. O Estado não pode debilitar ou eliminar a proteção de tais direitos (GARCIA ARÁN, 1995, p. 23). Sem embargo, a decisão nos casos em que o direito à vida entra em conflito grave com outros direitos fundamentais que derivam diretamente do respeito inerente à dignidade humana deve ser deixada ao indivíduo, que opta pelos direitos fundamentais que deseja exercer, com preferências em ditas situações concretas de acordo com suas próprias opções vitais livremente formadas.

A prática de proibir o suicídio assistido acolhe uma interpretação da vida como mero dado fisiológico, quando, a pensar na vida humana, deve ter-se em conta, como disse Engelhardt, que as pessoas em sentido estrito são seres autoconscientes, livres em suas eleições, capazes de juízo moral (ENGELHARDT, 1995, p. 15). A vida humana é a união do dado

fisiológico que define um ser que vive com o dado espiritual que supõe o fato de ser capaz e ter vontade e decisão livres. Para entender a vida humana, é necessário reconhecer a pessoa como indivíduo, capaz de querer e decidir de forma livre segundo opções ideológicas individuais próprias e escolhidas livremente. É a individualidade da pessoa que protege direitos tais como os que garantem a liberdade ideológica, a intimidade e a honra, e, ao mesmo tempo, o respeito à dita individualidade é o fundamento da dignidade humana.

Nesse sentido, a interpretação do direito à vida deve integrar-se com outros princípios fundamentais como a dignidade e o livre desenvolvimento da personalidade, assim como com os direitos fundamentais mais diretamente vinculados à garantia da dignidade humana.

4 O DIREITO DE INTERROMPER A GRAVIDEZ

Como norma geral, tampouco se tem reconhecido *status* de fundamental ao direito de interromper a gravidez. Por exemplo, a STC 53/1985 parte da premissa de que o *nasciturus* não é titular do direito constitucional à vida, porém, constitui um bem jurídico, cuja proteção se encontra na Constituição, em razão do fato de que encerra um valor fundamental — a vida humana — garantido pelo artigo 15 da Constituição Espanhola, que reconhece o direito à vida. Isso implica, em caráter geral, em duas obrigações para o Estado: abster-se de interromper ou de obstaculizar o processo natural de gestação e o de estabelecer um sistema legal para a defesa da vida que suponha uma proteção efetiva dessa e que, dado o seu caráter fundamental, inclua, também, como última garantia, as normas penais. Ao mesmo tempo, a sentença reconhece que a vida do *nasciturus* pode entrar em conflito com direitos relativos a valores constitucionais de significado muitíssimo relevante, como a vida e a dignidade da mulher. Desse modo, tem em consideração o valor jurídico fundamental da dignidade da pessoa que, sem prejuízo dos direitos que lhe são inerentes, encontra-se intima-

mente vinculado com o livre desenvolvimento da personalidade (art. 10 CE) e os direitos à integridade física e moral (art. 15 CE), à liberdade de idéias e crenças (art. 16 CE) e à honra, à intimidade pessoal e familiar e à própria imagem (art. 18.1 CE), e admite que “*la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respecto por parte de los demás*”. Finalmente, a sentença reconhece a constitucionalidade das três circunstâncias de despenalização da interrupção voluntária que atualmente reconhece o Código Penal (grave perigo para a vida ou saúde da gestante, gravidez em razão de violação e graves anomalias físicas ou psíquicas do feto), porque, após uma ponderação, encontra direitos fundamentais da mãe que se vêem afetados em cada um dos referidos casos e que, a seu juízo, a lei pode legitimamente preferir sobre a vida do *nasciturus*. Com isso, sem embargo, deixa à discricção da lei a determinação dos casos nos quais a interrupção voluntária da gravidez está permitida e ao contrário daqueles em que está sancionada.

Nesse caso, produz-se um claro contraste com a jurisprudência dos Estados Unidos. A sentença do Tribunal Supremo, de 22 de janeiro de 1973 (caso *Roe v. Wade*²⁸), estabeleceu que a lei do Texas que proibia o aborto, exceto no caso de perigo de morte para a mãe, era inconstitucional em razão do fato de que limitava o direito à privacidade sem que existisse um *compelling state interest* que justificasse tal limite e, portanto, violava a cláusula que garantia o direito ao referido processo (*due process*).

Em *Roe v. Wade*, o Tribunal sustentou que, por ser o acesso ao aborto um direito constitucional, derivado do direito à intimidade, os Estados somente poderiam intervir se ele fosse pretendido depois de seis meses de gravidez. Durante os últimos três meses de gravidez, o feto é considerado viável, portanto, sua vida é objeto de proteção, pelo que os Estados po-

28 410 U.S. 113 (1973).

deriam regular ou proibir o aborto depois de seis meses de gravidez. Não obstante, o âmbito desta doutrina foi estendido em *Doe v. Bolton* (1973)²⁹, caso no qual o Tribunal Supremo entendeu que uma mulher tem o direito constitucional ao aborto a partir do sexto mês de gravidez se o médico, em seu melhor juízo clínico e à luz da idade da paciente e de suas circunstâncias físicas, emocionais, psicológicas e familiares, concluir que é “*necesario para su salud física o mental*”.

Na sentença *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey* (1992), o Tribunal Supremo confirma a vigência da jurisprudência estabelecida no caso *Roe v. Wade*. Assim, essa sentença declarou que as decisões relativas à própria saúde são inerentes à liberdade pessoal e que constituem uma das mais básicas decisões da pessoa humana, que envolve a autonomia pessoal e a integridade corporal e que revela uma visão íntima e um profundo caráter pessoal. Sem embargo, ao mesmo tempo, dita sentença estabeleceu que estavam de acordo com a Constituição os artigos da lei da *Pennsylvania* em discussão, que estabeleciam determinados requisitos para que a mulher pudesse interromper sua gravidez ao entender que não podia deduzir-se que tal lei tivesse o propósito de colocar empecilhos para a mulher que procura um aborto³⁰. No caso *Stenberg v. Carhart* (2000), o Tribunal declarou nula uma lei que restringia o acesso a certos procedimentos de aborto praticados no segundo trimestre de gravidez (procedimentos de aborto parcial ou *partial birth abortion*), tendo em vista que a lei violava o direito de utilizar o método de aborto mais seguro, não explicitando exceções à proibição, no caso em que estivesse em jogo a saúde da mulher e era inaceitavelmente vaga e, por isso, podia ser interpretada potencialmente no sentido de incluir uma proibição dos abortos mais freqüentes

29 410 U.S. 179 (1973).

30 505 U.S. 833 (1992).

entre os praticados no segundo trimestre de gravidez, o que obstaculiza, de tal modo, o direito de as mulheres escolherem³¹.

Sem embargo, a sentença do Tribunal Supremo em *Gonzales v. Carhart*³² (2007) sustentou que a *Partial Birth Abortion Ban Act*, a qual o Congresso havia aprovado em 2003 e que vários tribunais de apelações haviam rejeitado posteriormente, estava de acordo com a Constituição. O Tribunal considerou que, nesse caso, os demandantes não puderam demonstrar que a Lei fora uma norma vazia por sua abstração ou que impusera empecilhos indevidos ao direito de a mulher abortar, baseada no âmbito da norma ou no fato de que não contemplara uma exceção à proibição de tal prática no caso de que se encontrara em risco a saúde da mulher. Embora, com essa sentença, não tenha chegado o Tribunal a reverter expressamente sua jurisprudência anterior nessa matéria, pode-se tomá-la como um primeiro passo na direção de volta, desde sua anterior posição em torno do direito ao aborto, especialmente se forem comparados seus pronunciamentos com os contidos na sentença sobre o caso *Stenberg v. Carhart*.

5 O DIREITO À REPRODUÇÃO

Trata-se de outra matéria cuja regulação foi deixada à discricionariedade dos Estados. É significativa a sentença do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, de 7 de março de 2006 (caso *Evans v. Reino Unido*), que entende, no seu fundamento jurídico 62, que

ya que el recurso al tratamiento por fecundación in vitro suscita delicadas preguntas de orden moral y ético, que se inscriben en un contexto de rápida evolución de la ciencia y de la medicina, y que las cuestiones planteadas en este caso se refieren a ámbitos en los que no existe una clara concordancia de opiniones entre los Estados

31 530 U.S. 914 (2000).

32 550 U.S. (2007).

*miembros, el Tribunal considera que procede conceder al Estado demandado un amplio margen de apreciación*³³.

Na sentença do mesmo Tribunal, de 18 de abril de 2006 (*Dickson contra Reino Unido*), em um caso no qual a Administração impediu a uma reclusa britânica a aceder a um tratamento de inseminação artificial, assinalou que “*la restricción impugnada [...] se refiere a la negativa por parte del Estado a tomar medidas excepcionales para permitir algo (la posibilidad de concebir un hijo estando preso) que no existe ya como un derecho general*” (fundamento jurídico 30), que “*los Estados Contratantes gozan de un amplio margen de apreciación*” (fundamento jurídico 31), que “*se debe tener en cuenta el justo equilibrio que ha de mantenerse entre el interés general de la comunidad y los intereses de la persona*” (fundamento jurídico 32), e que o acesso a técnicas de reprodução assistida por parte dos presos pode ser limitado para “*el mantenimiento de la confianza del público en el sistema penitenciario y el bienestar del hijo concebido como resultado de la inseminación artificial y, por lo tanto, el interés general de la sociedad en su conjunto*” (fundamento jurídico 33).

Certamente, o fundamento jurídico 57 da sentença do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, de 7 de março de 2006, admitiu que o direito à vida privada reconhecido no art. 8 do Convênio Europeu de Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais cobre, assim mesmo, “o direito ao respeito da decisão de ter ou não um filho”, porém, a teor da jurisprudência estabelecida nas duas sentenças anteriores, não parece que o Tribunal Europeu de Direitos Humanos já esteja em condições de estabelecer que as pessoas tenham um direito fundamental à utilização de técnicas de reprodução

33 No caso, a demandante e seu marido consentiram somente em submeter-se a um tratamento de fecundação *in vitro* antes que fossem extirpados os ovários da mulher, no curso de uma intervenção contra um tumor pré-canceroso. O tratamento deu lugar à fertilização de seis embriões, porém, o casamento terminou antes da implementação de ditos embriões na demandante e o homem retirou seu consentimento para tal intervenção. A demandante recorreu à Lei Britânica de Fertilização Humana e Embriologia de 1990, que impedia levar a cabo a fecundação *in vitro* se um dos membros do casal retirasse seu consentimento, porém, a sentença faz pronunciamentos mais gerais, que desbordam o caso concreto e que se referem, em geral, à faculdade que têm os Estados para regular este tipo de tratamento.

assistida para ter filhos. Pelo contrário, dada a jurisprudência anterior, se o Tribunal Europeu de Direitos Humanos tivesse que se pronunciar sobre essa questão de forma genérica, provavelmente diria que se trata de uma questão que recebeu distintas respostas nos Estados que ratificaram o Convênio e sobre a qual não existe um consenso em escala europeia, e que, por essa razão, é um tema em que há de se reconhecer ampla margem de discricionariedade aos Estados na hora da sua regulação.

Esta doutrina faz com que a possibilidade de aceder aos novos meios de reprodução artificial dependa do conteúdo das leis que a regulam³⁴. O caso mais extremo na Europa ocidental, de limitação à possibilidade de acudir a técnicas de reprodução assistida, é o da Lei Italiana n. 40/2004, de 19 de fevereiro, de normas em matéria de procriação medicalmente assistida, que somente permite a inseminação artificial a esposas heterossexuais, e estabelece que tanto os óvulos como as células-mãe devem proceder necessariamente do mesmo casal em questão e nunca de uma terceira pessoa ou de um banco de sêmen, e proíbe fecundar mais embriões do que aqueles que serão transferidos à mulher, o que obriga que sejam implantados todos os embriões produzidos no laboratório (não mais de três) e impede exame nas células para identificar possíveis defeitos genéticos e, ainda, proíbe conservar os embriões ou criar e destruí-los para fins de experimentação³⁵.

É seguro que entenderíamos que uma lei que proibisse ter filhos de maneira natural a determinados grupos de pessoas seria contrária à liberdade ideológica e à intimidade que reconhece a Constituição, inter-

34 Sobre o tema, em geral, *vide* M. Casado (1997, p. 37-44).

35 Um *referendum* mediante o qual se pretendia eliminar essas restrições à inseminação artificial e a experimentação com embriões fracassou em 12 e 13 de junho de 2005, em razão de que não se alcançou *quorum* necessário de mais da metade dos votantes, em relação com o censo eleitoral. Há que se levar em conta que a Igreja Católica, encabeçada pelo Papa Bento XVI, fez uma chamada à abstenção neste *referendum*. Para uma perspectiva de Direito comparado sobre a legislação de técnicas de reprodução assistida na Suécia, Dinamarca, Noruega, Espanha, Alemanha, Reino Unido e França, J. Vega Gutiérrez (2000). Na Espanha, a regulação atual desta matéria se deve à Lei n. 14/2006, de 26 de maio, de Técnicas de Reprodução Assistida.

pretados conforme as exigências derivadas do respeito à dignidade humana e também poderia ser contrária à proibição constitucional de discriminação, dependendo do motivo pelo qual se estabeleceria dita proibição. Sem embargo, o fato é que, na situação atual, em que existe uma diversidade de meios de reprodução, proibir a reprodução artificial significa impedir ter descendência àqueles que se encontram afetados por alguma causa que não os permita ser pais pela via natural ou simplesmente não desejam empregar os meios naturais para ter descendência. Ademais, a proibição de acudir a técnicas de reprodução artificial significa que o Estado decide optar por determinados ideais morais que distinguem quais são os meios de reprodução lícitos e quais são os ilícitos, ou quais são os tipos de famílias ou de pais lícitos e quais não o são, enquanto que num Estado Democrático cabe aos indivíduos a liberdade de optar pelos ideais morais que preferem e de atuar em conformidade com eles, sem que o Estado possa interferir nessa esfera de liberdade ideológica e intimidade delas.

O direito à reprodução deriva dos direitos à liberdade ideológica e à intimidade das pessoas. Entendemos que, em matéria jurídica, não há diferença entre a reprodução natural e a reprodução assistida, senão um direito à reprodução, que tem um fundamento constitucional e que pode ser exercido, hoje em dia, mediante distintas técnicas. É um erro atuar nesse tema como se na atualidade somente houvesse uma forma de reprodução e a reprodução assistida fosse “outra coisa”.

Certamente, os direitos fundamentais não são ilimitados, porém, raciocinar desde a ótica dos direitos fundamentais significa admitir que aqueles somente podem ser limitados quando afetam os direitos fundamentais de outras pessoas ou a bens e valores objetivos que a Constituição proteja e que o Estado, para tanto, está obrigado a garantir. O Estado pode decidir quais as técnicas de reprodução artificial admite e quais as que proíbe com o fim de garantir direitos tais como os relativos à integridade física ou moral ou à saúde daqueles que devem sofrer as intervenções que

ditas técnicas implicam, para proteger valores como a dignidade humana ou para proteger a saúde e os direitos dos filhos. Isso leva à questão de como controlar as leis do Estado que, desde a base de tais direitos e valores, limitam o uso de técnicas de reprodução artificial³⁶.

Realmente, é necessário reconhecer uma ampla margem de discricionariedade aos Estados para determinar os meios pelos quais consideram conveniente proteger os direitos, bens e valores reconhecidos pela Constituição. A opção de eleger as técnicas de proteção de tais direitos, bens e valores é uma questão de discricionariedade política, pelo que cabe distintas soluções a esse respeito. Sem embargo, os tribunais constitucionais, ainda que respeitando de maneira ampla a margem de discricionariedade política que dispõem os Estados nessa matéria, vêm exigindo, ao menos, dois requisitos às medidas que limitam direitos fundamentais: um fim legítimo e proporcionalidade entre o sacrifício do direito e a situação em que se encontra a pessoa a quem ditas medidas se impõe. Para tanto, entendemos que uma medida que impeça o acesso de determinadas pessoas a técnicas de reprodução artificial somente pode ser entendida em conformidade com a Constituição quando, realmente, encontre-se motivada pela finalidade de proteger direitos, bens ou valores reconhecidos na Constituição e quando seja proporcionada. Por sua vez, os requisitos da proporcionalidade significam que a medida deve ser idônea, ou seja, apta para conseguir o fim que persegue; necessária, o que quer dizer que, quando sejam possíveis medidas alternativas para a proteção de tais direitos, bens ou valores, deve-se escolher aquela que, sendo apta para conseguir o fim perseguido, limite em menor grau os direitos fundamentais afetados, e proporcional em sentido estrito, o que significa que o sacrifício que sofre a pessoa cujos direitos fundamentais

36 Em um caso distinto, porém com pontos comuns, o Tribunal de Apelações do Distrito de Colúmbia decidiu, em 2 de maio de 2006 [caso *Abigail Alliance v. Von Eschenbach*, 445 F.3d 470 (2006)], que os pacientes que sofrem de enfermidades terminais têm um direito constitucional a acessar a medicamentos experimentais que já passaram da Fase I do *test* do FDA (*Food and Drug Administration*), e que ainda não receberam a aprovação final no momento em que se deseja ter acesso a eles. Não obstante, os argumentos nos quais o tribunal baseou sua decisão sejam muito discutíveis.

se vêm limitados deve estar compensado pelos benefícios que a sociedade obtenha em razão da aplicação de dita medida.

Por sua parte, a jurisprudência do Tribunal Supremo dos Estados Unidos estabeleceu que as medidas que limitam direitos fundamentais devem ser submetidas *standards of strict scrutiny*, o que significa que as restrições somente estariam justificadas quando existisse um *compelling state interest* que as motive e quando não houvesse alternativas menos restritivas para proteger tais interesses. Pelo contrário, quando se trata de medidas que limitam outros tipos de direitos, o critério de contraste utilizado pelo Tribunal Supremo é a existência de um *legitimate interest*, que supõe um critério muito mais amplo que aquele encarnado pelo *compelling state interest*.

Em definitivo, entendemos que a proibição de acesso a determinadas técnicas de reprodução artificial somente será possível quando realmente estiver motivada pela proteção de direitos, bens ou valores reconhecidos na Constituição e quando tal proibição possa considerar-se proporcionada e necessária para assegurar a garantia daqueles direitos, bens e valores.

Sem embargo, a proibição generalizada de acudir a técnicas de reprodução aplicada a todas as pessoas que não se encaixam em determinados modelos de pais e de famílias parece uma medida claramente contrária aos direitos fundamentais e liberdades ideológicas e à intimidade das pessoas que desejam converter-se em progenitores. Em primeiro lugar, não parece que é proporcionado entender a necessária proibição de todas essas técnicas para garantir direitos, bens e valores tais como a dignidade humana, o direito à saúde e à integridade física e moral das pessoas. Em segundo lugar, uma proibição tão geral reflete a preferência do Estado por um determinado conceito ético acerca do valor da vida, da reprodução e do modelo de família e de pais³⁷.

37 Uma problemática distinta apresenta o caso de que a própria Constituição regule e limite o uso de técnicas de repro-

Nesse sentido, a STC 116/1999 assinala, ao menos, que o fato de as técnicas de reprodução assistida permitirem a fertilização de qualquer mulher, independentemente de que o doador seja seu marido ou de que esteja ou não vinculada matrimonialmente, não vulnera o núcleo essencial da família, já que

no existe, por lo tanto, una obligada correspondencia entre las relaciones paterno-filiales jurídicamente reconocidas y las naturales derivadas de la procreación... ni, como queda dicho el concepto constitucional de familia se reduce a la matrimonial (fundamento jurídico 13).

Sem embargo, o Tribunal Constitucional não se questiona se poderia declarar inconstitucional uma lei no caso em que vinculasse o direito de utilizar técnicas de reprodução assistida a pessoas integradas em famílias que seguem o modelo tradicional.

CONCLUSÕES

Pode deduzir-se, de tudo o quanto temos exposto, que o conjunto de normas que, graficamente, denominamos Biodireito parece, ainda hoje em dia, substancialmente resistente à penetração de uma verdadeira argumentação baseada no valor jurídico dos direitos fundamentais como critério para resolver as controvérsias jurídicas que têm lugar em sua origem. O resultado é uma desfundamentalização dos direitos implicados nos fenômenos e práticas regulados pelo conjunto de normas que integram essa disciplina e, como conseqüência, uma desconstitucionalização global da própria disciplina em seu conjunto.

dução assistida. É o que ocorre, por exemplo, com o art. 119.2.c, da Constituição Suíça, que estabelece “o recurso a métodos de reprodução assistida pela medicina não estará autorizado, exceto em casos de esterilidade e de perigo de transmissão de enfermidades graves não curáveis por outros meios, e nunca para desenvolver certas qualidades no futuro bebê ou em casos dedicados a investigação científica; a fecundação de óvulos humanos fora do corpo da mulher somente estará autorizada nos casos previstos na lei; não se poderão desenvolver fora do corpo da mulher, até o estado de embrião, um número de óvulos humanos superiores aos que possam ser implantados imediatamente”.

Em alguns casos, como ocorre na jurisprudência de nosso Tribunal Constitucional sobre a interrupção da gravidez, essa desfundamentalização se deve ao fato de que a argumentação jurídica habitualmente construída tende a abstrair das normas constitucionais valores objetivos de distinto significado que se contrapõem uns aos outros, dando lugar a uma total discricionariedade do legislador na hora de eleger quais valores outorga preferência sobre os demais. Trata-se de um tipo de argumentação que não leva em conta o distinto significado que têm, por um lado, tais valores, e, por outro, os autênticos direitos fundamentais do indivíduo e que, por isso, abre a porta para que as leis limitem de maneira inadequada os direitos que se derivam das normas biojurídicas.

Em outros casos, a argumentação jurídica não tem percebido adequadamente a conexão que as novas prerrogativas, que brindam ao indivíduo os avanços em medicina e investigação, têm com o conteúdo dos direitos fundamentais reconhecidos na Constituição. É o que ocorre em relação ao direito de acesso a técnicas de reprodução assistida, em especial quando o Tribunal Europeu de Direitos Humanos deriva do fato de que não se tenha chegado a um consenso sobre o tratamento jurídico deste tema da discricionariedade das normas nacionais para regulá-lo e também com o direito de decidir sobre a própria morte.

Os dados anteriores têm derivado da não-utilização dos padrões habituais que utiliza a argumentação constitucional quando deve julgar sobre a compatibilidade da Constituição com os limites dos direitos fundamentais, como seria o princípio de proporcionalidade na jurisprudência constitucional europeia ou o *strict scrutiny* na jurisprudência do Tribunal Supremo dos Estados Unidos.

Um dos principais fatores que tem contribuído para esse processo que denominamos de desfundamentalização ou desconstitucionalização do âmbito material coberto pelo Biodireito é a reticência da jurisprudência constitucional de utilizar como elemento para confrontar a constitucionalidade de limites

opostos pelas leis aos direitos fundamentais, nesse campo, o direito à liberdade ideológica. Com efeito, a jurisprudência, quando admite certo grau de conexão dos problemas atinentes ao Biodireito com os direitos fundamentais, limita-se a utilizar como critério os direitos que se referem aos bens individuais mais diretamente afetados por tais limites, como a vida ou a integridade física, mas resiste em reconhecer o vínculo das possibilidades de atuação que permitem às pessoas os avanços na medicina e a sua liberdade de eleger e decidir autonomamente sobre as próprias atuações, conforme as opções vitais adotadas de forma livre e individual, como faculdade integrante de sua liberdade ideológica e de sua intimidade.

Resulta necessário, portanto, constitucionalizar a interpretação da situação do indivíduo em relação a esses avanços e técnicas de investigação. Isso significa, em primeiro lugar, fazer expressa a conexão que as novas faculdades que oferecem aos indivíduos tais avanços e técnicas de investigação têm com os direitos reconhecidos pela Constituição, tais como o direito à vida, à integridade física e moral, à intimidade e, sobretudo, à liberdade ideológica. E, em segundo lugar, interpretar os conflitos surgidos neste novo marco, desde técnicas constitucionais, o que significa entender que os direitos fundamentais que o indivíduo pode exercitar no novo marco médico e técnico somente podem ser limitados quando afetem direitos fundamentais de terceiros ou valores e bens objetivos derivados da Constituição, e quando tais limitações tenham como finalidade real proteger tais direitos, valores e bens e sejam proporcionadas³⁸.

Com isso, interpretar a posição dos indivíduos desde os direitos fundamentais supõe aceitar que as decisões éticas sobre o exercício de tais direitos correspondem aos indivíduos e que o Estado não pode impor uma determinada

38 E. Roca I Trias (2004, p. 39), ao examinar as Declarações Internacionais sobre esta matéria, assinala que “la metodología con que se afronta la solución del problema consiste en que la implementación de los derechos humanos, ya sea explicitando unos derechos hasta el momento no identificados, como ocurre con el consentimiento informado, ya sea aplicando aquellos que se hallan positivizados a las situaciones que genera la Biotecnología, del tipo que sea. Ciertamente también, algunas veces se *juridifican* principios éticos y las decisiones de los Tribunales los utilizan como principios generales del derecho. Un claro ejemplo de ello se encuentra en la ampliación del concepto de *dignidad humana* en los Tribunales españoles.”

concepção ética que limite as faculdades que aqueles podem exercer como conteúdo de seus direitos fundamentais. Dessa forma, os direitos fundamentais surgem como garantias de sentido contramajoritário, isto é, como instrumentos para defender espaços individuais de liberdade diante das decisões do poder público, até mesmo quando as instituições públicas representem a maioria da sociedade. Os direitos fundamentais, pois, marcam um espaço de decisão e de ação que o indivíduo pode opor, diante das idéias dominantes da maioria da sociedade. E, igualmente, os direitos fundamentais se erigem, na atualidade, em um instrumento de emancipação da individualidade da pessoa no marco de suas relações com outras particulares. Esse marco de autodeterminação individual, reconhecido pelos direitos fundamentais, pode ser deduzido do direito à liberdade ideológica, seja utilizado como critério autônomo de controle desse direito, seja preferindo considerar que essa margem de autodeterminação está ínsita a todos os direitos reconhecidos na Constituição.

Enfim, o desafio que deve estabelecer a jurisprudência é o de aplicar os direitos fundamentais para resolver controvérsias referidas a novas realidades que, hoje em dia, mantêm-se, substancialmente, fora do âmbito de aplicação de tais direitos. E com isso resulta necessária a existência de uma norma legal que regule as novas faculdades que oferecem ao indivíduo os avanços da medicina e da investigação dentro do marco constitucional, limitando-as somente no caso de entrarem em conflito com os direitos fundamentais ou outros bens e valores derivados diretamente da Constituição³⁹.

39 No mesmo sentido, E. Roca I Trias (1998, p. 183).

BIBLIOGRAFIA

ABEL, F. Decisiones al final de la vida: aspectos éticos, asistenciales y jurisdiccionales. In: DE LA MATA BARRANCO, I (Ed.). *Cuadernos de Derecho Judicial: Decisiones al final de la vida*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1998. p. 22-75.

CASADO, M. (Ed.). *Materiales de Bioética y Derecho*. Barcelona: Cedecs, 1996.

CASADO, M. Reproducción humana asistida: los problemas que suscita desde la bioética y el derecho. *Papers: revista de sociología*, n. 53, 1997. p. 37-44.

_____. Los derechos humanos como marco para el derecho y la Bioética. In: ROMEO CASABONA, C. M. (Ed.). *Derecho biomédico y Bioética*. Granada: Comares, 1998. p. 113-135.

CATALÀ I BAS, A. H. La calidad de vida como elemento integrante de los derechos a la integridad física y moral y a la intimidad. *Revista General de Derecho*, 2000, 9.157-9.182. p. 670-671.

ENGELHARDT, H. T. *Los fundamentos de la Bioética*. Madrid: Paidós, 1995.

FERNÁNDEZ BERMEJO, M. Autonomía personal y tratamiento médico: límites constitucionales de la intervención del Estado. In: *Cuadernos de Derecho Judicial: el consentimiento*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993. p. 37-60.

FERREIRÓS MARCOS, C. E. Capacidad para decidir por sí mismo y consentimiento informado. *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, n. 5, 2002. p. 563-846.

GALÁN CORTÉS, J. C. *Responsabilidad médica y consentimiento informado*. Madrid: Civitas, 2001.

GARCÍA ARÁN, M. Eutanasia y disponibilidad de la propia vida. In: DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. *Cuadernos de Derecho Judicial: delitos contra la vida e integridad física*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995. p. 9-40.

GROS ESPIEL, H. Constitución y Bioética. In: ROMEO CASABONA, C. M. (Ed.). *Derecho biomédico y Bioética*. Granada: Comares, 1998. p. 137-150.

GUERRERO ZAPLANA, J. *El consentimiento informado: su valoración en la jurisprudencia*. Madrid: Lex Nova, 2004.

LEÓN SANZ, P. *La implantación de los derechos del paciente*. Pamplona: Eunsa, 2004.

MARÍN GÁMEZ, J. A. A vueltas con la constitucionalidad del artículo 10.6 de la Ley General de Sanidad: la relevancia jurídica del consentimiento informado. *Revista General de Derecho*, 1995, 8.237-8.257. p. 610-611.

MARTÍNEZ MORÁN, N. Persona, dignidad humana e investigaciones médicas. In: _____. (Ed.). *Biotecnología, Derecho y dignidad humana*. Granada: Comares, 2003. p. 3-43.

MORENO ANTÓN, M. Elección de la propia muerte y derecho hacia el reconocimiento jurídico del derecho a morir. *Derecho y Salud*, v. 12, 2004. p. 61-84.

MOURE GONZÁLEZ, E. Los retos jurídicos que plantea la biotecnología. *Derecho y Salud*, v. 13, 2005. p. 257-283.

REQUERO IBÁÑEZ, J. L. El consentimiento informado y la responsabilidad patrimonial de las Administraciones. In: GUERRERO

ZAPLANA (Ed.). *Cuadernos de Derecho Judicial: la responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2002. p. 319-417.

REY MARTÍNEZ, F. El criterio interpretativo de los derechos fundamentales conforme a normas internacionales: análisis del artículo 10.2 C. E. *Revista General de Derecho*, n. 537, 1989. 3.611-3.632.

ROCA I TRIAS, E. La función del Derecho para la protección de la persona ante la Biomedicina y la Biotecnología. In: ROMEO CASABONA, C. M. (Ed.). *Derecho biomédico y Bioética*. Granada: Comares, 1998. p. 165-185.

_____. Biotecnología y normas jurídicas. *Derecho y Salud*, v. 12, 2004. p. 25-42.

RODRÍGUEZ LÓPEZ, P. Los derechos constitucionales de los pacientes: derecho a la vida y a la integridad física. *Derecho y Salud*, v. 14, 2006. p. 167-204.

ROMEO CASABONA, C. M. *El Derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*. Madrid: Ceura, 1994.

_____. (Ed.). *Derecho biomédico y bioética*. Granada: Comares, 1998.

_____. La relación entre la Bioética y del Derecho. In: _____. (Ed.). *Derecho biomédico y bioética*. Granada: Comares, 1998. p. 151-164.

_____. (Ed.). Biotecnología y Derecho. *Perspectivas de Derecho Comparado*, Granada, 1998.

_____. (Ed.). *Genética y Derecho*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001.

_____. *Los genes y sus leyes: el Derecho ante el genoma humano*. Granada: Comares, 2002.

_____. Los desafíos jurídicos de las biotecnologías en el umbral del siglo XXI. In: MARTÍNEZ MORÁN, N. (Ed.). *Biotecnología, Derecho y dignidad humana*. Granada: Comares, 2003. p. 45-65.

ROMERO COLOMA, A. M. *La medicina ante los derechos del paciente*. Madrid: Montecorvo, 2002.

RUIZ DE LA CUESTA, A. (Ed.). *Bioética y Derechos Humanos: implicaciones sociales y jurídicas*. Sevilla: Universidad de Sevilla, 2005.

RUIZ VADILLO, E. El consentimiento informado ante los tribunales. *Actualidad de Derecho Sanitario*, n. 51, 1999. p. 344-345.

SAIZ ARNAIZ, A. *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos: el artículo 10.2 de la Constitución española*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.

SÁNCHEZ-CARO, F; ABELLÁN, F. *Derechos y deberes de los pacientes: Ley 41/2002, de 14 de noviembre: consentimiento informado, historia clínica, intimidad e instrucciones previas*. Granada: Comares, 2003.

TARODO SORIA, S. La doctrina del consentimiento informado en el ordenamiento jurídico norteamericano. *Derecho y Salud*, v. 14, 2006. p. 229-250.

VARSÍ RASPIGLIOSI, E. *La bioética y el Derecho genético: elementos básicos del Derecho Constitucional y del Derecho civil que deben tomarse en cuenta en una futura normatividad*. Disponible em: <http://www.congreso.gob.pe/comisiones/2002/debate_constitucional/aportes/APORTES-APORTE-DE-ENRIQUE-VARSÍ---ROSPIGLIOSI.HTM>.

VEGA GUTIÉRREZ, J. *La ley española de reproducción asistida y el contexto europeo*. Disponible em: <<http://www.bioeticaweb.com/content/view/263/48/>>.

O USO INDEVIDO DO GERÚNDIO NA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA: PREJUÍZO LÓGICO-SEMÂNTICO

Osvaci Amaro Venâncio Júnior*

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 A argumentação *lato sensu*. 2.1 A argumentação jurídica. 3 O uso indevido do gerúndio na argumentação jurídica. 3.1 O gerúndio: breve consideração. 3.2 O gerúndio que prejudica o discurso jurídico. 4 Conclusão. 5 Referências.

RESUMO

Este artigo tem pretensão de servir de instrumento de apoio aos profissionais do Direito que cotidianamente são incumbidos de redigir textos jurídicos. Por meio de uma abordagem didática, serão apresentados os prejuízos de ordem lógica e semântica na estrutura interna da argumentação jurídica causados por um dos vícios de linguagem mais correntes em peças processuais — o uso indevido e exagerado do gerúndio.

Palavras-chave: Argumentação jurídica. Gerúndio. Semântica. Lógica.

1 INTRODUÇÃO

O texto jurídico, como todo texto técnico, está marcado por expressões e linguajar próprios que estão associados à busca da univocidade na interação lingüística pelos membros da comunidade jurídica. Assim, magistrados, promotores de justiça, advogados sentem-se indiretamente

* Aluno de Direito da Universidade do Vale do Itajaí — Univali; graduado em Letras pela Universidade Federal de Santa Catarina — UFSC; servidor do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

compelidos a comunicar-se da maneira idealizada pela comunidade da qual fazem parte, de modo que não seria exagero dizer que se um juiz redigir uma sentença sem se valer de nenhum tipo de *juridiquês* poderá correr o risco de ser visto com distinção pelo meio jurídico.

O uso do *juridiquês*, contudo, apesar de ser condenado por muitos estudiosos, não causa nenhum problema real à argumentação jurídica. Pelo contrário. Desde que ocorram em nível lexical apenas — em que, havendo dúvida, uma simples consulta a dicionários resolve —, os jargões jurídicos, quando empregados comedidamente, são eles próprios elementos argumentativos, porquanto seu emprego demonstra conhecimento, por parte do jurista, dos termos técnico-jurídicos que ajudam a dar identidade ao discurso normativo.

O mesmo não acontece quando o *juridiquês* ocorre no nível lógico-sintático da linguagem, afetando a semântica e a coerência dos argumentos. Assim, inversões freqüentes dos termos oracionais, uso demasiado de elipses, períodos longos, tudo isso é perfeitamente aceitável quando se trata de textos literários, mas indesejável na redação de textos jurídicos, justamente por prejudicar a fluência na leitura e a transmissão da mensagem, requisitos de todo texto técnico.

Dessa forma, principalmente por se considerar como um tipo de *juridiquês*¹ indesejado, devido ao seu amplo emprego em documentos jurídicos e ao prejuízo que, por isso, pode causar à estrutura interna da argumentação, decidiu-se discorrer neste artigo sobre o uso do gerúndio em textos produzidos por profissionais da área jurídica. Deixa-se claro, no entanto, que “não se estará tratando” do chamado “gerundismo” usado pelos operadores de *telemarketing*, mesmo porque, embora também seja

1 Apesar de ser aqui considerado *juridiquês*, o uso indevido do gerúndio, tema central deste artigo, não é exclusividade dos textos jurídicos.

considerado vício de linguagem, esse tipo de gerundismo não é comum nos textos jurídicos.

Para fazer uma eficaz abordagem sobre o tema, será indispensável expor o conceito de *argumentação* em sentido amplo, tratar sobre alguns tópicos referentes à argumentação jurídica — assunto, aliás, pouco explorado nos cursos de graduação de Direito, apesar de sua reconhecida importância — e tecer breve explicação acerca do uso apropriado do gerúndio.

2 A ARGUMENTAÇÃO *LATO SENSU*

Entende-se por *argumentação*, em sentido amplo, a apresentação de proposições², com o fito de persuadir ou de convencer o receptor de uma mensagem.

Vê-se que, em que pese ser às vezes assim entendida, *argumentação* não é sinônimo de *persuasão* ou de *convencimento*³, nem aquela garante a ocorrência destes, uma vez que basta uma argumentação frágil para que o destinatário da mensagem se aproprie dela de forma não almejada pelo autor. O grau de persuasão de um texto vai depender sobretudo da habilidade com que o autor usa os recursos argumentativos, de natureza lógico-lingüística.

Uma mensagem argumentativa pode ser realizada tanto pela expressão oral quanto pela escrita, e a consecução da sua transmissão dependerá do uso que se faz desses dois níveis de linguagem.

- 2 Somente as frases declarativas, isto é, das quais se pode questionar a veracidade, podem expressar proposições. Frases como “A Teoria Pura do Direito é uma teoria positivista.” e “Somente a autoridade judiciária poderá decretar a quebra do sigilo bancário.” são declarativas, uma vez que se pode questionar se são verdadeiras ou falsas. Já com as frases “Intime-se.”, “O IPTU é um imposto real ou pessoal?” e “Que vergonha!” isso não é possível. Tem-se, desse modo, que frases interrogativas, exclamativas e imperativas não constituem proposições.
- 3 Para a teoria da argumentação de Chaïm Perelman (apud ATIENZA, 2006, p. 63), “convencimento” e “persuasão” não são exatamente sinônimos. Para o autor, “Uma argumentação persuasiva [...] é aquela que só vale para um auditório particular, ao passo que uma argumentação convincente é a que se pretende válida para todo ser dotado de razão”.

Um funcionário, por exemplo, ao pedir ao seu chefe, por meio da comunicação oral, aumento de salário, explicitando-lhe os motivos, estaria habilmente se valendo da argumentação, pois seu chefe, em condições normais, entenderia facilmente a mensagem e, mesmo se não entendesse, indagaria de seu funcionário até dirimir as dúvidas. Se, no entanto, em vez de se utilizar da fala, o mesmo funcionário recorresse à expressão escrita, sua mensagem só teria força argumentativa se ele a redigisse de um modo tal que conseguisse provocar no seu chefe os efeitos desejados. É esse modo que decidirá se um enunciado, mormente o escrito, será eficaz ou não.

Observa-se, assim, que, especialmente na linguagem escrita, há dificuldades de se obter essa eficácia. Sobre esse assunto, Platão e Fiorin (1996, p. 201) sugerem:

Partindo do pressuposto de que, na escrita, o interlocutor está ausente e não pode fazer interrupções para obter esclarecimentos, o texto escrito deve ser o mais autônomo possível [...] no que diz respeito à clareza e à quantidade de informações necessárias [...].

Segundo os mesmos autores, “[...] *escrever com correção é um dos procedimentos argumentativos*. Colocando o problema em outros termos, pode-se dizer que o uso de um certo padrão de linguagem concorre para *aumentar ou diminuir o poder de persuasão* [...]” (p. 219, grifei). Em outras palavras, se um texto não é bem escrito, provavelmente lhe faltará argumentação, de sorte que sua eficácia será prejudicada.

Outrossim, um texto tende a ganhar mais força argumentativa e, por conseqüência, mais eficácia se redigido conforme a norma culta da língua, porquanto, justamente por ser ela padrão lingüístico nacional, o produtor de textos que utiliza corretamente a expressão verbal, seguindo as regras gramaticais, *aumenta as chances* de sua mensagem ser mais persuasiva e convincente⁴. Isso porque

4 É importante lembrar que o produtor de textos, para usar o padrão culto da língua, não necessita de se valer de pre-

a língua padrão, [...] embora seja uma entre as muitas variedades de um idioma, é sempre a mais prestigiosa, porque atua como modelo, como norma, como ideal lingüístico de uma comunidade. Do valor normativo decorre a sua função coercitiva sobre as outras variedades, com o que se torna uma ponderável força contrária à variação (CUNHA; CINTRA, 2001, p. 4).

Ademais, quando lemos com atenção um texto que está bem construído, de acordo, assim, com o padrão culto da língua,

não nos perdemos por entre os enunciados que o constituem, nem perdemos a noção de conjunto. Com efeito, é possível perceber a *conexão* existente entre os vários segmentos de um texto e compreender que todos estão interligados entre si (PLATÃO; FIORIN, 1996, p. 271, grifei).

E essa conexão se dá normalmente por meio dos elementos de coesão, que, se empregados corretamente, fazem com que o leitor se depare com um texto convincente, em que as idéias estão concatenadas, de forma que não há espaço para ambigüidades nem para deduções infundadas. Dessa forma, uma vez que redigir corretamente auxilia na argumentação, é estreme de dúvidas que os elementos de coesão são também elementos argumentativos.

O que importa aqui dizer é que dentre os elementos de coesão há os chamados operadores lógicos⁵, os quais serão tratados posteriormente neste artigo, oportunidade em que se verá que o uso inadequado deles traz prejuízos de ordem semântica e lógica à estrutura do discurso jurídico. Acerca do tema, vale transcrever as palavras de Fávero (2006, p. 35): “Os operadores discursivos [lógicos] têm por função estruturar, através de encadeamentos, os enunciados em textos, dando-lhes uma *direção argumentativa*, isto é, orientando o seu sentido em dada direção” (grifei).

ciosismos ou de linguagem obscura. O bom autor, aliás, é capaz de transmitir sua mensagem de forma clara, concisa, *adaptando-a à comunidade lingüística* a que é dirigida, sem, contudo, afastar-se das normas gramaticais.

5 Podem assumir a função de operadores lógicos as conjunções (se, conforme, logo, ora, já que, como, etc.), os pronomes (este, esse, seu, sua, etc.), os advérbios (assim, aqui, etc.).

Para corroborar esse entendimento: “O estudo da argumentação [...] vê nesses elementos de funcionamento, tão eficaz quanto discreto, um dos mecanismos essenciais da persuasão da linguagem” (MAINGUENEUAU, 1996, p. 63 apud CUNHA, 2004, p. 17).

Pode-se afirmar, assim, que a coesão, por meio dos operadores lógicos e porque contribui para uma adequada manifestação lingüística, ajuda a garantir uma eficiente argumentação textual.

2.1 A argumentação jurídica

Uma vez que se trata de tema bastante extenso, este artigo não objetiva descrever todas as teorias da argumentação jurídica existentes, tampouco fazer algum tipo de resenha crítica sobre elas. Aqui serão tão-somente apontados (e isso tem de estar bem frisado) os aspectos de algumas dessas teorias relacionados à aplicação escorreita da linguagem como instrumento essencial para uma eficaz argumentação jurídica. Para isso, primeiramente será feita uma breve exposição teórica sobre silogismos, em especial sobre o silogismo jurídico; após, será dada a definição de argumentação jurídica e serão trazidas à tona observações de dois importantes teóricos que trataram do tema — Manuel Atienza e Chaïm Perelman —, e a sua contribuição para se poder redigir, hodiernamente, textos jurídicos eficazes.

Não há, contudo, falar em argumentação jurídica sem antes se referir, conquanto de forma bastante sucinta e simples, à interpretação das normas legais, uma vez que é principalmente com base no resultado do processo hermenêutico que o aplicador do Direito⁶ poderá argumentar sua decisão.

Tendo em vista, dentre outros fatores, o caráter estático de um ordenamento jurídico (se comparado às constantes mudanças sofridas pela

6 Embora, em sentido amplo, muitos órgãos possam aplicar o Direito, neste artigo “o aplicador do Direito” refere-se aos órgãos do Poder Judiciário, maiormente ao juiz.

sociedade), a ausência, por vezes, de texto legal para ser aplicado na decisão de uma lide e, em muitos casos, a sua falta de clareza e de objetividade, a autoridade judiciária tem de amiúde valer-se de técnicas interpretativas para pôr cobro a um conflito jurídico⁷. Arrisca-se a dizer que a interpretação normativa é um processo intelectual operado pelo juiz para adaptar determinada norma à realidade do caso *sub judice*.

Após cumprir seu papel de hermeneuta da lei, o juiz precisa aplicar as conseqüências jurídicas previstas nela ao caso concreto; e isso ele faz por meio de raciocínio silogístico: o silogismo jurídico.

Ao contrário de outras ciências, como as exatas, cujo silogismo é constituído por premissas evidentemente verdadeiras e, conseqüentemente, por conclusões precisas, o Direito opera com corolários verossimilhantes, já que a passagem das premissas à conclusão não é necessária (apesar de muito provável)⁸.

Explica-se: na Matemática, se $y \div x = 2$ (primeira premissa) e $y = 8$ (segunda premissa), logo (conclusão) x será sempre = 4. No Direito, por seu turno, para decidir um conflito judicial, o juiz vale-se de uma premissa maior (preceito legal) e a aplica ao caso concreto (premissa menor), para chegar a sua sentença (conclusão/tese). Basicamente, esses são os três termos (premissa maior, premissa menor e conclusão) que formam o *silogismo jurídico*, o qual pode ser muito singelamente exemplificado da seguinte forma:

Premissa maior (preceito legal): a Carta Magna dispõe, no seu artigo 5º, inciso XI, *in verbis*: “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de

7 “Em se tratando de Direito escrito é pelo elemento gramatical que o intérprete toma o primeiro contato com a proposição normativa. [...] a palavra constitui a forma definitiva de apresentação do Direito, pelas vantagens que oferece do ponto de vista da segurança jurídica. Cumpre ao legislador aperfeiçoar os processos da técnica legislativa, objetivando sempre uma redação simples, clara e concisa” (NADER, 2002, p. 267).

8 Isso muito se deve à indeterminação semântica de alguns termos lingüísticos que formam os textos legais.

flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”. E assim estabelece o artigo 150 do Código Penal: “Entrar ou permanecer, clandestina ou astuciosamente, ou contra a vontade expressa ou tácita de quem de direito, em casa alheia ou em suas dependências: Pena — detenção, de 1 (um) a 3 (três) meses, ou multa”.

Premissa menor (caso concreto): Um rapaz, munido de um taco, entrou em uma casa, oportunidade em que foi alvejado, pelo proprietário do domicílio, com um tiro de espingarda na perna direita.

Conclusão (sentença): Condenação do rapaz a 1 (um) mês de detenção, por violação de domicílio.

Observa-se, contudo, que, com base nas mesmas premissas, um outro juiz poderia concluir de forma diferente. Este poderia até mesmo condenar o atirador por lesão corporal, considerando, dentre outros fatores, que o texto constitucional menciona “morador”, e não “proprietário”, e que, no caso, não houve excludente de legítima defesa.

E outras decisões poderiam surgir. Isso porque no Direito não há falar em uma única decisão correta, justamente porque o silogismo jurídico se dá ordinariamente por meio da lógica indutiva, na qual, como já foi dito, as premissas não redundam obrigatoriamente em uma única tese, de sorte que, para casos concretos análogos, podem existir diferentes decisões judiciais⁹.

Dessa forma, tem-se que a autoridade judiciária é livre para decidir; sua decisão, contudo, além de ser naturalmente orientada pelo indigitado silogismo jurídico, deve ser motivada¹⁰. Nessa esteira, tem-se que

9 Há alguns casos, porém, em que o silogismo jurídico pode ser operado por meio da lógica formal (dedutiva), como é o exemplo da norma que prevê a idade mínima de trinta e cinco anos como condição de elegibilidade ao cargo de Presidente da República (art. 14, § 3º, VI, *a*, da CF). Assim, enquanto referida norma estiver vigendo, será sempre correto dizer que todo indivíduo que tiver menos de trinta e cinco anos de idade não poderá se eleger ao cargo de Presidente da República.

10 Art. 93, IX, da CF: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade [...]”.

motivar uma decisão é expressar-lhe as razões [...] É afastar toda arbitrariedade. Somente graças à motivação aquele que perdeu um processo sabe como e por quê. A motivação convida-o a compreender a sentença [...] a motivação dirige-se não apenas aos pleiteantes mas a todos [...] (PERELMAN, 2000, p. 210 apud ELIAN, 2004, p. 124).

É importante esclarecer que, antes dessa etapa processual de fundamentação (motivação) da sentença judicial, as próprias partes, porque diretamente interessadas no *decisum* e amparadas pelo princípio do contraditório e da ampla defesa, acabam propositadamente tentando interferir no raciocínio¹¹ do juiz, para persuadi-lo, por meio de documentos como petições iniciais, contestações, réplicas, contra-arrazoados, a aplicar determinada decisão.

Ao processo de fundamentação de uma sentença judicial por parte do juiz e de tentativa de persuasão por parte dos litigantes é que se dá o nome de *argumentação jurídica*. Não seria, portanto, nenhum exagero dizer que é por meio da argumentação jurídica que se sustenta uma tese. Conforme as palavras de Voese (2006, p. 32):

Uma característica que identifica a argumentação jurídica é a presunção de que a cada tese é possível construir uma antítese, o que vai determinar que as escolhas dos recursos argumentativos visem a superar ou a minimizar as fragilidades dos sentidos da linguagem e a reforçar os procedimentos de sustentação da tese.

Acerca do mesmo tema, Atienza (2006, p. 17) discorre:

Ninguém duvida que a prática do Direito consista, fundamentalmente, em argumentar, e todos costumamos convir em que a qualidade que melhor define o que se entende por um “bom jurista” talvez seja a sua capacidade de construir argumentos e manejá-los com habilidade.

11 “Raciocínio” aqui equivale tanto à atividade intelectual do juiz quanto ao produto dela (cf. PERELMAN, 1998, p. 1).

E, tendo em vista que as peças processuais produzidas por esses “bons juristas” são manifestações da linguagem, a argumentação jurídica será mais facilmente bem-sucedida se eles forem, sobretudo, lingüisticamente competentes. No mais, a fundamentação dada pelo magistrado em uma sentença poderá constituir precedente para futuros fatos jurídicos, daí reiterar-se a necessidade de se redigirem referidos documentos de forma correta, clara e concisa.

Outrossim, já ensinava Chaïm Perelman (2000, p. 143-145), fundador da Retórica¹² moderna, que, no processo de persuasão, o auditório faz parte do componente argumentativo. Para se obter um raciocínio persuasivo, o autor considera que a presença de um interlocutor (auditório) ao longo de todo o discurso é tão importante quanto o próprio discurso e que, sem ela, não há argumentação.

À primeira vista, soam óbvias essas palavras de Perelman, porquanto parece claro que, se não há interlocutor, torna-se impraticável a argumentação. Quer-se chamar a atenção, porém, para a importância de o teórico ter considerado como *elemento argumentativo* a existência de uma pessoa a quem se deve persuadir. Assim, se o operador jurídico, toda vez que for elaborar um texto, não se olvidar de que há um leitor “do outro lado”, estará propenso a cometer menos desvios lingüísticos, de forma que sua mensagem chegará ao receptor com probabilidade maior de eficácia¹³; em outras palavras, a argumentação jurídica se locupletaria.

O que por vezes acontece no meio jurídico, no entanto, é que o produtor de textos, abarrotado de processos e pressionado pela sociedade, que almeja obter uma justiça cada vez mais célere, parece esquecer-se de que escreve para alguém com o objetivo de persuadir, como é o caso de uma petição exordial escrita pelo advogado e remetida ao juiz, ou convencer,

12 A Retórica é a técnica que procura persuadir por meio do discurso oral, valendo-se de premissas, verdadeiras ou não.

13 “A argumentação, para Perelman, é, na realidade, uma ação — ou um processo — com a qual se pretende obter um resultado; conseguir a adesão do auditório, mas só por meio da linguagem” (ATIENZA, 2006, p. 63).

como é o caso do juiz no momento de fundamentar sua decisão (convencer a opinião pública). Dessa forma, por não saber que o que está claro para ele pode não estar para o receptor do texto, isto é, por não perceber que o interlocutor é componente argumentativo, o profissional do Direito acaba produzindo textos obscuros, com argumentos alóxicos.

3 O USO INDEVIDO DO GERÚNDIO NA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

Passa-se ao objetivo principal deste artigo: apresentar excertos de acórdãos que trazem orações cujo gerúndio está empregado em desacordo com as normas gramaticais e, por isso, compromete a própria lógica interna da argumentação jurídica.

E para melhor compreensão do tema, faz-se mister tecer algumas observações acerca do uso dessa forma nominal do verbo¹⁴.

3.1 O gerúndio: breve consideração

Basicamente, usa-se o gerúndio para expressar uma ação contínua¹⁵ ou para compor as orações subordinadas reduzidas, cuja compreensão, mormente das subordinadas adverbiais¹⁶, será elementar para se obter aproveitamento deste trabalho.

As orações subordinadas adverbiais reduzidas de gerúndio¹⁷ são classificadas em *causais*, *condicionais*, *temporais*, *concessivas* e *modais*, como se seguem:

14 Além do gerúndio, são formas nominais do verbo o infinitivo e o particípio.

15 Por exemplo: Os juízes estavam *opinando* sobre a relevância das súmulas vinculantes.

16 O gerúndio pode ser empregado, também, para compor as orações subordinadas adjetivas reduzidas. Seu uso, contudo, restringe-se às orações que dão idéia de continuidade de uma ação. Por exemplo: O oficial de justiça observou os acusados *correndo* (= *que estavam correndo*). Entretanto, muitos autores condenam o gerúndio nas orações adjetivas, pelo fato de que ele traz, como se observou nesse exemplo, muitas vezes, ambigüidade à oração (quem estava correndo? o acusado ou o oficial de justiça?).

17 Cotejaram-se as teorias formuladas por alguns dos autores que tratam sobre o assunto, e chegou-se à classificação ora apresentada.

a) Causais

“*Estando* a materialidade do delito configurada, cabe ao juiz submeter os acusados ao Tribunal do Júri” (estando = *uma vez que está*).

b) Condicionais

“*Havendo* evidências nos autos de que o destino da droga era a mercancia, é impossível cogitar a desclassificação para o crime previsto no art. 16 da Lei n. 6.368/76” (havendo = *se houver*).

c) Temporais

“Em meados daquele ano, *dando* o locador por encerrada a obrigação contratual, foi notificado de que o contrato do imóvel vigeria até 31-12-2004” (dando = *quando deu*).

d) Concessivas

“Mesmo *apresentando* provas contundentes, os réus não foram absolvidos” (apresentando = *embora tenham apresentado*).

e) Modais

“Constata-se que o denunciado assumiu a titularidade das drogas, *demonstrando* que ele e o co-réu estavam associados para o tráfico ilícito de entorpecentes” (*o modo/meio como ele assumiu foi demonstrando...*).

Observa-se que a oração reduzida, contrapondo-se à oração desenvolvida, é “a oração dependente que não se inicia por [pronome] relativo nem por *conjunção subordinativa*, e que tem o verbo numa das formas nominais — o infinitivo, o *gerúndio*, ou o particípio [...]” (CUNHA; CINTRA, 2001, p. 609-610, grifei).

Nota-se, ainda, que a oração reduzida de gerúndio “Estando a materialidade do delito configurada, cabe ao juiz submeter os acusados ao Tribunal do Júri” poderia ser desenvolvida, utilizando-se a conjunção

subordinativa causal *uma vez que*: “Uma vez que está a materialidade do delito configurada, cabe ao juiz submeter os acusados ao Tribunal do Júri”, e não haveria alteração no sentido. O mesmo se aplica às outras orações mostradas, em que cada gerúndio corresponde a uma conjunção subordinativa — se (conjunção condicional); quando (conjunção temporal); embora (conjunção concessiva)¹⁸.

Depois dessa breve consideração a respeito do gerúndio nas orações adverbiais reduzidas, ver-se-á que o seu uso no meio jurídico nem sempre é conforme ao que foi aqui explanado, o que pode prejudicar a construção de argumentos jurídicos.

3.2 O gerúndio que prejudica o discurso jurídico

Constata-se, pela explicação acima, que *somente* as orações que trazem nexos de modo, causalidade, temporalidade, condição e concessão podem ser reduzidas de gerúndio. Dessa forma, a frase:

“Cabe ao Estado apurar e punir as ações criminosas como a de furto e clonagem de automóveis, *possuindo* para isso forte aparato.”

está em desacordo com o que rege a norma culta, porquanto o gerúndio aí expresso não corresponde a nenhum dos nexos subordinativos mostrados. Esse período estaria redigido corretamente da seguinte forma:

“Cabe ao Estado apurar e punir as ações criminosas como a de furto e clonagem de automóveis, *e possui* para isso forte aparato”.

Observa-se, no entanto, que o gerúndio empregado, apesar de gramaticalmente incorreto, não traz prejuízos lógico-semânticos à frase, isto é, o leitor não terá dificuldades de entendê-la e de inferir que há uma

18 Raramente se consegue desenvolver uma oração subordinada adverbial modal reduzida de gerúndio.

relação de coordenação entre as duas orações, subentendida pelo gerúndio (possuindo = e possui).

Esse registro é para deixar patente que serão objeto deste trabalho apenas as orações em que o gerúndio empregado incorretamente acarreta prejuízos daquela ordem e compromete, por vezes, a inteligibilidade dos segmentos textuais que compõem a argumentação jurídica.

Passa-se, finalmente, à análise de excertos de cinco diferentes acórdãos¹⁹ em que o uso do gerúndio está em desacordo com a norma culta e traz ambigüidade ao texto. Para isso, e pela desnecessidade de transcreverem-se, na íntegra, os acórdãos analisados, serão obviamente considerados os contextos nos quais as orações estão inseridas.

Para fins didáticos, em primeiro lugar será transcrito *ipsis litteris* o fragmento textual a ser analisado; logo após será proposta a redação considerada apropriada; e em seguida serão expostos os motivos pelos quais o gerúndio originariamente usado não deve ser aceito.

1)

“A prova acusatória, portanto, é completa, *não tendo* sido ilidida pelas alegações apresentadas pelo acusado, *sendo* certo que ficou patente que a ação do acusado abarcou ambos os elementos da denúncia caluniosa.”

Redação apropriada:

“A prova acusatória, portanto, é completa e *não foi* ilidida pelas alegações apresentadas pelo acusado, *de forma que* ficou patente que a ação do acusado abarcou ambos os elementos da denúncia caluniosa”.

No primeiro uso do gerúndio (*não tendo*), o leitor, à primeira vista, poderá deduzir erroneamente que a prova acusatória é completa pelo fato

19 Serão omitidos a origem dos acórdãos e o nome dos seus autores.

de não ser ilidida pelas alegações do acusado (estar-se-ia, assim, diante de uma oração causal reduzida de gerúndio) ou, até mesmo, que a prova é completa e conseqüentemente não foi contestada pelo acusado (oração consecutiva).

Pela leitura do inteiro teor do acórdão, no entanto, constatou-se que de fato as provas apresentadas pelo Ministério Público foram bastantes para incriminar o réu, e que este não apresentou contestação para refutá-las.

Já no segundo caso (*sendo*), o leitor facilmente incorrerá no erro de entender a oração como uma coordenada aditiva (*sendo* = e é — e é certo que ficou patente). Cuida-se, porém, de uma oração consecutiva, porquanto a afirmação de que a prova acusatória é completa e não foi ilidida pelo acusado tem como *resultado* a certeza de que a ação criminosa do acusado abrangeu os elementos da denúncia caluniosa.

Daí ser incontroverso considerar a correção proposta como adequada.

2)

“Compulsando o conjunto probatório produzido, nota-se que não há provas de que o réu tenha agido com imprudência, negligência ou imperícia, *dando* causa ao trágico acidente, mas ao contrário, que, infelizmente, a vítima foi a única culpada pelo atropelamento.

Em primeiro lugar cumpre destacar as palavras do acusado, o qual sempre admitiu ter se envolvido no acidente; contudo, afirma que a pequena vítima foi quem, inopinadamente, adentrou na pista de rolamento em que seguia, *não conseguindo* evitar a tragédia.”

Redação apropriada:

“Compulsando o conjunto probatório produzido, nota-se que não há provas de que o réu tenha agido com imprudência, negligência ou im-

perícia *que pudesse dar* causa ao trágico acidente; ao contrário, há prova de que, infelizmente, a vítima foi a única culpada pelo atropelamento.

Em primeiro lugar, cumpre destacar as palavras do acusado, o qual sempre admitiu ter-se envolvido no acidente; contudo, afirmou que a pequena vítima foi quem, inopinadamente, adentrou na pista de rolamento em que seguia, *e que, por isso, ele não conseguiu* evitar a tragédia”.

Aqui há dois casos de gerúndio indevido em excerto de um mesmo acórdão.

O “dando” do primeiro período conota que o réu deu causa ao acidente mesmo não havendo provas nos autos de que agiu com culpa. Como se vê, todavia, pela redação correta proposta, a oração “dando causa ao trágico acidente” é adjetiva reduzida de gerúndio. Tem-se, portanto, como já foi alhures comentado, que, conquanto haja autores que admitem o uso dessas orações reduzidas, prudente é desenvolvê-las (usando-se “que”), a fim de evitar ambigüidade na escrita, vício de linguagem tão indesejável, mormente em se tratando de textos técnicos, como é o caso dos jurídicos.

No segundo gerúndio (*não conseguindo*), pode-se inferir, inadvertidamente, que quem não conseguiu evitar a tragédia foi a pequena vítima. Depreende-se, porém, da leitura da redação apropriada proposta (elaborada, repita-se, com base na leitura integral do acórdão), que o acusado foi quem não conseguiu impedir que a vítima fosse atropelada.

Observa-se, mais uma vez, o prejuízo lógico-semântico que o uso indiscriminado do gerúndio provoca na redação da argumentação jurídica.

3)

“Disse [a agravante] haver sido nomeada inventariante nos autos da ação de inventário do espólio de M. L. V., irmã falecida, que aforou em conjunto com os demais irmãos e seus respectivos cônjuges. Alegou que

vinha cumprindo suas atribuições com dedicação e afinco, pautando-se pela legalidade, mas acabou sendo removida do encargo injustificadamente, *havendo* a doutora Juíza julgado procedente o pedido de remoção de inventariante intentado por dois dos sucessores e nomeado um terceiro para exercer a função.”

Redação apropriada:

“Disse [a agravante] haver sido nomeada inventariante nos autos da ação de inventário do espólio de M. L. V., irmã falecida, que aforou em conjunto com os demais irmãos e seus respectivos cônjuges. Alegou que vinha cumprindo suas atribuições com dedicação e afinco, pautando-se pela legalidade, mas acabou sendo removida do encargo, injustificadamente, *pela decisão da* doutora Juíza, que julgou procedente o pedido de remoção de inventariante intentado por dois dos sucessores e nomeou um terceiro para exercer a função”.

Observa-se que o texto original não se coaduna com a mensagem que realmente se pretendia transmitir. O verbo *haver* na sua forma nominal ali aplicado (*havendo*) provocou ambigüidade e falta de clareza lógica no enunciado, de sorte que ao leitor caberá “decifrar” a mensagem, o que não seria necessário se se tratasse de um texto bem redigido.

O curioso nesse excerto é que o gerúndio apresentado não provoca nenhum desvio sintático. Isso porque foi utilizado adequadamente para compor uma oração reduzida causal, o que, de fato, era o objetivo do autor do texto. Veja-se:

“[...] mas acabou sendo removida do encargo injustificadamente, *havendo* a doutora Juíza julgado procedente o pedido de remoção [...]”.

“[...] mas acabou sendo removida do encargo injustificadamente, *uma vez que* a doutora Juíza julgou procedente o pedido de remoção [...]”.

No entanto, para uma eficiente argumentação jurídica, a clareza e a coesão na apresentação das idéias que se pretende defender é que são fundamentais, de forma que a observação da sintaxe, isto é, a disposição dos elementos frasais em um texto (jurídico), não é relevante se o conjunto dos elementos ou o elemento em si não denotar a carga semântica pretendida pelo autor, como ocorreu nesse caso com a forma gerundiva “havendo”, pela qual o leitor foi levado a equivocadamente inferir que a remoção da inventariante e a decisão da juíza foram atos isolados — ou seja, primeiro a inventariante foi removida, e depois a juíza a destituiu do encargo. E, como foi visto, não era isso que o autor do texto de fato objetivava transmitir.

Assim, percebe-se que, até nos casos em que o gerúndio está, em princípio, corretamente utilizado, em conformidade com a norma culta, o operador jurídico tem de ser comedido no seu uso, tendo em vista que o excesso de emprego dessa forma nominal amiúde provoca obscuridade e prejuízo semântico ao texto e pode, por isso, até mesmo ser motivo para interposição de embargos declaratórios.

4)

“É cediço que com uma fração (1/6) não se está tratando de forma diferenciada o sentenciado por delito comum e o condenado por crime hediondo, *conduzindo* à flagrante disparidade na individualização da pena.”

Redação apropriada:

“É cediço que com uma fração (1/6) não se está tratando de forma diferenciada o sentenciado por delito comum e o condenado por crime hediondo, *o que conduziria* a flagrante disparidade na individualização da pena”.

Nesse fragmento, o uso inadequado do gerúndio provoca, novamente, ambigüidade no texto jurídico. O leitor é levado a entender que, por não se tratar de forma diferenciada o sentenciado e o condenado, há disparidade na individualização penal. Justamente o oposto da mensagem que o magistrado almejava transmitir.

Repetidas vezes esse tipo de desvio lingüístico — querer comunicar uma coisa, mas acabar escrevendo outra — ocorre nos acórdãos. Problemas na compreensão textual como esse poderiam ser evitados se o produtor de textos conhecesse a função dos operadores lógicos e os casos em que o gerúndio pode, sem receio, ser utilizado.

Percebe-se que o emprego do conectivo “o que” mais o verbo “conduzir” conjugado no futuro do pretérito, em substituição à forma gerundiva, trouxe clareza e lógica ao enunciado.

5)

“Inconformada com a prestação jurisdicional entregue, interpôs a autora recurso de apelação aventando que, nos termos do pactuado, ‘o apelado ficaria com o imóvel até certa data, sendo que, se não cumprisse o acordado, a apelante receberia certo valor mensal de aluguel até efetiva venda judicial do bem’. Tais circunstâncias, em sua visão, deixam claro que ‘não dissolveu-se o condomínio, tanto é que a apelante possui direito à metade do imóvel, pois o apelado deve pagar aluguel pela meação’, *achando-se* presente a adequação do procedimento de alienação judicial.”

Redação apropriada:

“[...] Tais circunstâncias, em sua visão, deixam claro que ‘não dissolveu-se o condomínio, tanto é que a apelante possui direito à metade do imóvel, pois o apelado deve pagar aluguel pela meação’, *de modo que, para ela, é necessário* o procedimento de alienação judicial”.

Depara-se com mais um gerúndio polissêmico, uma vez que “achando-se presente” pode, em tese, denotar vários nexos subordinativos, dentre eles o causal e o condicional; e a polissemia, como se sabe, traz ambigüidade à oração.

É interessante anotar que, para saber se o gerúndio está devidamente empregado, deve-se transpor a oração subordinada (que contém o gerúndio) para o início da frase. Se o resultado for um período lógico, a forma nominal estará corretamente utilizada.

Assim, no fragmento ora estudado, se a oração gerundiva fosse transposta como mencionado, ter-se-ia:

“*Achando-se* presente a adequação do procedimento de alienação judicial, tais circunstâncias, em sua visão, deixam claro que ‘não dissolveu-se o condomínio, tanto é que a apelante possui direito à metade do imóvel, pois o apelado deve pagar aluguel pela meação’”.

Nem é preciso uma análise mais profunda para saber que o gerúndio aí empregado foge dos padrões normativos de linguagem, já que, mesmo se a oração fosse transformada em desenvolvida causal (“Uma vez que se acha presente a adequação do procedimento de alienação judicial”) ou em condicional (“Caso se achar presente a adequação do procedimento de alienação judicial”), ela não teria relação lógico-semântica com a oração principal e as outras que lhe seguem (“tais circunstâncias, em sua visão, deixam claro que ‘não dissolveu-se o condomínio...’). Veja-se:

“Uma vez que se acha presente a adequação do procedimento de alienação judicial, tais circunstâncias, em sua visão, deixam claro que ‘não dissolveu-se o condomínio [...]’”.

“Caso se achar presente a adequação do procedimento de alienação judicial, tais circunstâncias, em sua visão, deixam claro que ‘não dissolveu-se o condomínio [...]’”.

Demais, a oração “achando-se presente a adequação do procedimento de alienação judicial” também parece ser uma afirmação de que tal procedimento já se realizou. No entanto, como fica claro pela leitura integral do acórdão, a alienação judicial não chegou a se efetivar; é apenas algo por que pugna a apelante.

Desse modo, descartada a hipótese do uso do gerúndio, viu-se que se tratava de uma oração subordinada consecutiva. Dito em outros termos, para a apelante ainda havia relação de condomínio, *conseqüentemente* teria de haver alienação judicial para que a meação fosse de fato concretizada. Por isso, acredita-se que a forma apresentada como adequada é a que mais contribui para a construção de uma argumentação jurídica eficiente.

4 CONCLUSÃO

No seu mister de fundamentar e convencer, os operadores do Direito vêem-se por vezes desprovidos de instrumentos lingüísticos e acabam produzindo textos obscuros, prolixos, sem força argumentativa. E redigir é uma tarefa tão ingrata que, mesmo se se elaborar um documento de forma clara e concisa, não há garantia de que seu destinatário irá entendê-lo do modo esperado pelo autor.

Dessa forma, cabe ao jurista que deseja comunicar eficazmente munir-se de elementos argumentativos capazes de *aumentar as chances* de o leitor entender o texto de forma apropriada. Daí ser correto afirmar que a argumentação jurídica é o processo pelo qual os meios (o modo como os elementos são utilizados) justificam o fim (o grau de persuasão/convencimento do discurso jurídico).

Nessa perspectiva, pretendeu-se com este artigo demonstrar que as orações subordinadas reduzidas de gerúndio, elementos argumentativos quando bem empregadas, já que proporcionam lógica e coerência ao segmento textual, prejudicam a eficácia do texto se usadas imprópria e

indiscriminadamente. Foram apresentadas orações em que o uso da forma gerundiva está em desacordo com as normas gramaticais vigentes e, dessa forma, prejudica a lógica e a semântica internas da argumentação jurídica. Objetivou-se, com isso, mostrar que o gerúndio, tão comum em peças processuais, não pode ser sobejamente usado, pois, se assim for, poder-se-á incorrer em obscuridade e prolixidade na escrita, fatores prejudiciais à clareza do discurso jurídico.

5 REFERÊNCIAS

ATIENZA, M. *As razões do Direito: teorias da argumentação jurídica*. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3. ed. São Paulo: Landy Editora, 2006. 242 p.

BRASIL. *Código penal, código de processo penal e constituição federal*. Organização de Luiz Flávio Gomes. 4. ed. atual. até 31 dez. 2001. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. (Coleção RT minicódigos).

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. 36. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2006. 411 p.

CUNHA, C.; CINTRA, L. *Nova gramática do Português contemporâneo*. 3. ed. rev. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2001. 748 p. Nova apresentação.

CUNHA, H. C. M. A arte da persuasão. In: FETZNER, N. L. C. (Coord.). *Argumentação jurídica*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004. 190 p.

ELIAN, M. C. H. O raciocínio jurídico. In: FETZNER, N. L. C. (Coord.). *Argumentação jurídica*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004. 190 p.

FÁVERO, L. L. *Coesão e coerência textuais*. 11. ed. São Paulo: Ática, 2006. 104 p. (Série Princípios, 206).

NADER, P. *Introdução ao estudo do Direito*. 22. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2002. 412 p.

PERELMAN, C. *Lógica jurídica: nova retórica*. Tradução de Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2000. 264 p.

PLATÃO, F. S; FIORIN, J. L. *Para entender o texto: leitura e redação*. 12. ed. São Paulo: Ática, 1996. 432 p.

VOESE, I. *Argumentação jurídica: teorias, técnicas, estratégias*. 2. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2006. 120 p.

A DEFENSORIA PÚBLICA COMO INSTITUIÇÃO ESSENCIAL À DEMOCRACIA: UM MODELO INSTITUCIONAL DE IMPLEMENTAÇÃO VIÁVEL E NECESSÁRIA NO ESTADO DE SANTA CATARINA

Sérgio Luiz Junkes*

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 A Defensoria Pública e o seu desenho institucional. 3 Defensoria Pública e Justiça Social. 4 Defensoria Pública e Democracia. 5 A Defensoria Pública como coordenadora democrática dos cidadãos necessitados. 6 Considerações finais. 7 Referências.

1 INTRODUÇÃO

Uma das grandes angústias do jurista é verificar um abismo entre a teoria e a prática, entre a lei e a realidade, entre o que é prometido e o que é cumprido. Essa sensação, no entanto, encontra o seu estágio de mais agudo desconforto quando esta atroz dicotomia dá-se no plano dos direitos fundamentais, ainda mais tratando-se de acesso à Justiça, aqui entendido como aquele correspondente tanto à exigência de universalização das vias de acesso ao sistema judicial, como também à efetividade dos seus resultados. Ora, a falta de efetividade de um direito formalmente existente equivale, na prática, à sua própria denegação, e, o que é pior, sem acesso à Justiça a concretização de todos os demais direitos fundamentais não passa de mera utopia.

No Estado de Santa Catarina constata-se que o acesso à justiça, apesar da sua essencialidade e da sua consagração formal em nível constitucional,

* Juiz de Direito da 2ª Vara Cível de Joinville (SC). Doutorando em Direito pela UFSC.

ainda se constitui em um direito longe de ser efetivamente implementado, onde, ao revés, perpetua-se um quadro perverso em que, mesmo havendo um crescimento generalizado da pobreza, as pessoas necessitadas continuam dispondo apenas de uma assistência jurídica limitada e às vezes inexistente. Essa realidade não só compromete a defesa dos interesses dessas pessoas — colocando em cheque a eficiência do sistema judicial como um todo — como se constitui por si só em novo fator de marginalização.

Verifica-se na prática, outrossim, que as pessoas carentes são desagregadas como agrupamento social. Têm dificuldade em se colocar na posição de cidadãos ativos, de canalizar, como grupo, as suas reivindicações, para a arena política e judicial. Não há, contudo, em Santa Catarina, nenhum organismo estatal incumbido de reverter esse cenário. A Defensoria Pública, conforme se propõe neste artigo, poderia assumir essa função, o que resulta, de um certo modo, em uma revisão como um todo acerca da atuação e dos limites dessa instituição. Em outras palavras, isso implica em perscrutar qual o papel que a Defensoria Pública desempenha — ou deveria desempenhar — para o fortalecimento da democracia e da cidadania em países em desenvolvimento, em sentido amplo, e, especificamente, no Estado de Santa Catarina, e qual a correlação desse modelo institucional com a melhoria das condições de vida das pessoas necessitadas. Este, precisamente, constitui-se o objetivo geral deste trabalho.

A investigação da temática centra-se apenas no plano teórico-normativo. Por opção metodológica, o presente estudo jurídico centrou-se na Constituição da República Federativa do Brasil, doravante denominada apenas de Constituição, em face de que é tal lei que, da base do ordenamento, fixa os alicerces de todo o sistema jurídico, ao mesmo tempo em que estabelece a sua conjugação com o social, o econômico, o cultural e o político.

2 A DEFENSORIA PÚBLICA E O SEU DESENHO INSTITUCIONAL

O regramento constitucional da Defensoria Pública está inserido no Título IV do Texto Magno, intitulado “Da organização dos poderes”. Ali, ocupa, por sua vez, o Capítulo IV, que abrange as denominadas “funções essenciais à justiça”.

De acordo com os arts. 5º e 174 da Constituição, a Defensoria Pública é a instituição que, na defesa dos necessitados, tem como fim prestar-lhes a denominada *assistência jurídica integral*, o que envolve as duas funções características da advocacia: a) a de consultoria e b) a de representação, esta ampliada à esfera extrajudicial, quando, em outros termos, segundo Moreira Neto (jul. 1995, p. 30), os membros da Defensoria Pública desempenham em benefício dos necessitados atividades próprias da advocacia consultiva e da advocacia postulatória. A primeira, apresenta caráter preventivo e colima a evitar a injuridicidade decorrente da eclosão ou a permanência de qualquer agressão à ordem jurídica, seja em razão de ação ou de omissão verificada na orbe pública ou privada. A segunda, consiste na provocação da atuação de qualquer dos poderes do Estado, em especial o Judiciário, com vistas na correção das injuridicidades.

A natureza jurídica da Defensoria Pública, de acordo com Moraes (1999, p.160), é a de um órgão central, independente, composto e obrigatório, que apresenta diferenças em sua concepção organizacional que variam de acordo com a base geopolítica em que esteja estabelecida. Todavia, é uma instituição que segue, no campo normativo, uma disposição uniforme em seus aspectos estruturais. Por aspectos estruturais quer se fazer referência àqueles que tanto qualificam a Defensoria Pública como um órgão distinto dos demais, e, ainda, em um sentido mais amplo, representam os pilares nos quais se assenta aquela instituição.

A uniformidade institucional da Defensoria Pública só é possível porque, de acordo com as regras de competência estabelecidas nos artigos

21, XIII, e 22, XVII, da Constituição, e com o estatuído no parágrafo único do artigo 134, também da Constituição, em 12 de janeiro de 1994, foi promulgada a Lei Complementar n. 80. Esta Lei organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e fixa normas gerais em relação às Defensorias Públicas estaduais (LONDEP, arts. 5º, 53 e 58). Por isso, é considerada a Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública (MORAES, 1997, p. 40; MORAES, 1995, p.16). Orgânica, porque estabelece as regras estruturais de funcionamento da Defensoria Pública Nacional, porque atinge todo o território brasileiro. Neste trabalho, tal Lei será também referida abreviadamente pela sigla LONDEP.

A legislação de cada Estado-membro acerca da Defensoria Pública deverá se ajustar às normas gerais previstas na LONDEP e às diretrizes do artigo 134, parágrafo único, da Constituição (MORAES, 1999, p. 149). É o que não ocorre, por exemplo, com a legislação catarinense.

A Constituição do Estado de Santa Catarina dispõe, em seu artigo 104, que “[...] A Defensoria Pública será exercida pela Defensoria Dativa e Assistência Judiciária Gratuita, nos termos de lei complementar”.

A Lei Complementar do Estado de Santa Catarina, de n. 155, publicada em 15 de abril de 1997, por sua vez, estabelece o seguinte:

Art. 1º. Fica instituída, pela presente Lei Complementar, na forma do art. 104 da Constituição do Estado de Santa Catarina, a Defensoria Pública, que será exercida pela Defensoria Dativa e Assistência Judiciária Gratuita, organizada pela Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de Santa Catarina – OAB/SC.

O parágrafo primeiro da mencionada Lei Complementar estadual dispõe o seguinte: “[...] A OAB/SC obriga-se a organizar, em todas as Comarcas do Estado, diretamente ou pelas Subseções, listas de advogados aptos à prestação dos serviços da Defensoria Pública e Assistência Judiciária Gratuita”.

Em resumo, a Defensoria Pública no Estado de Santa Catarina não passa de uma espécie de “convênio” pelo qual a OAB, por meio de advogados privados, presta assistência jurídica aos necessitados. Isso viola o disposto no artigo 134, *caput*, e parágrafo único, da Constituição, que exige a criação de um organismo público, estruturado com cargos, carreira e garantias definidas, com a finalidade de prestar a assistência jurídica integral aos necessitados (SILVA, 2001, p. 619). Em razão disso, o modelo catarinense de Defensoria Pública padece flagrantemente do vício da inconstitucionalidade.

A Defensoria Pública desenvolve com vocação político-jurídica para as pessoas necessitadas as seguintes funções institucionais, expressamente previstas no artigo 4º da LONDEP: I — promover, extrajudicialmente, a conciliação entre as partes em conflito de interesses; II — patrocinar ação penal privada e a subsidiária da pública; III — patrocinar a ação civil; IV — patrocinar defesa em ação penal; V — patrocinar defesa em ação civil e reconvir; VI — atuar como Curador Especial, nos casos previstos em lei; VII — exercer a defesa da criança e do adolescente; VIII — atuar junto aos estabelecimentos policiais e penitenciários, visando assegurar à pessoa, sob quaisquer circunstâncias, o exercício dos direitos e garantias individuais; IX — assegurar aos seus assistidos, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, o contraditório e a ampla defesa, com recursos e meios a ela inerentes; X — atuar junto aos Juizados Especiais de Pequenas Causas; XI — patrocinar os direitos e interesses do consumidor lesado.

A função institucional básica da Defensoria Pública é prestar a assistência jurídica integral aos necessitados. Desse modo, seria até despiendo um rol, como o constante do artigo 4º da LONDEP. Tanto é que este rol de funções institucionais é meramente exemplificativo. Isso porque a finalidade da prestação da assistência jurídica integral pode exigir que outras e novas funções sejam exercidas pela Defensoria Pública no caso concreto. Isso tanto pode ser autorizado expressamente por lei como pode decorrer

simplesmente do próprio exercício da atividade institucional condicionada aos seus fins. Um exemplo de ampliação desse rol é o da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, que atribuiu à Defensoria Pública a função de “defensora do vínculo matrimonial” nos casos de anulação de casamento.

Entretantes, o rol contido na LONDEP dá uma idéia da repercussão do benefício propiciado pela Defensoria Pública às pessoas necessitadas ou à determinada classe ou categoria delas, e, por conseqüência, realça a urgência da sua instalação em Santa Catarina.

Contudo, como o rol é exemplificativo, nada obsta que a Defensoria Pública assuma um novo papel que muito bem poderia ser inaugurado em solo brasileiro por meio do modelo proposto a ser implementado em Santa Catarina: a de coordenação democrática das pessoas necessitadas. Nesse novo modelo, aqui denominado de “Defensoria Pública forte” esta instituição poderia ter um papel ainda mais significativo para a Democracia e Cidadania se, desatrelando-se um pouco de sua posição vinculada ao sistema judicial, centrasse a sua atuação como instituição coordenadora e mobilizadora das pessoas necessitadas, como se examinará a seguir.

3 DEFENSORIA PÚBLICA E JUSTIÇA SOCIAL

Cappeletti e Garth (1988, p. 8) estabelecem duas finalidades básicas que o sistema jurídico de reivindicação de direitos e resolução de litígios deve cumprir: acesso igual e efetivo a todos e produção de resultados individual e socialmente justos. Ou seja, esse sistema deve não apenas estruturar-se de acordo com os ditames da justiça social, mas também servir como elo para a sua construção (1988, p. 93). A observância simultânea desses dois fatores representa o que denominam os autores de “Acesso à Justiça”. Esta expressão — “Acesso à Justiça” — (1988, p. 8, 12, 13, 15, 81, 91, 93, 164 e 165) condensa uma série de direitos fundamentais¹ (RODRIGUES,

1 No Brasil, a série de direitos fundamentais que integram esta expressão são os previstos no artigo 5º, *caput*, e incisos

1994, p. 66) necessários para que as pessoas possam dispor e utilizar-se, de maneira igualitária, de um sistema jurídico de reivindicação de direitos e resolução de litígios eficiente, que produza resultados socialmente justos². A reivindicação de direitos mencionada tanto se refere àquela colimada por meio da orientação jurídica extrajudicial como da tutela judicial. Já a resolução de litígios abrange tanto aquela obtida por intermédio da jurisdição como aquela oriunda de métodos alternativos, como a conciliação extrajudicial (CAPPELETTI e GARTH, 1988, p. 81-83). Para esses autores, a jurisdição é uma função essencial para a afirmação dos direitos individuais e sociais no plano prático (1988, p. 11-13). A disponibilidade e a utilização igualitárias significam que aquele sistema jurídico tanto pode ser iniciado por qualquer pessoa como se desenvolver de forma equilibrada, com paridade de armas entre as partes. Fatores estranhos ao Direito, como a eventual hipossuficiência econômica de uma das partes, não deveriam influir na solução do litígio (1988, p. 15).

A Defensoria Pública é uma instituição que se amolda aos ditames da teoria do “Acesso à Justiça” formulada por Cappeletti e Garth³ (1988, p. 41), uma vez que de acordo com a Constituição, na defesa dos necessitados, tem como fim prestar-lhes a denominada *assistência jurídica integral* (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, arts. 5º e 174), ou seja, a defesa técnica gratuita dos interesses da pessoa assistida no âmbito judicial e extrajudicial.

Santa Catarina é um dos últimos Estados em que a Defensoria Pública ainda não foi instalada. “A sua não criação é, *data venia*, inconstitucional e se constitui numa imperdoável omissão dos poderes competentes” (RODRIGUES, 1994, p. 117).

XXXV, XXXVII, LIV, LX, e LXXIV, artigo 93, IX, e artigo 95, *caput* e parágrafo único, da Constituição.

2 Conceito formulado, ainda, a partir da concepção dos seguintes autores, em ordem alfabética de sobrenome: CICHOCKI NETO, José. *Limitações ao acesso à justiça*. p. 47; DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. p. 304; MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. p. 24; RODRIGUES, Horácio Vanderlei. *Acesso à justiça no direito processual brasileiro*. p. 28.

3 Encontra grande similitude e proporciona as mesmas vantagens do modelo *Advogado remunerado pelo cofres públicos*.

De acordo com Moreira Neto (jul.1995, p. 26), ao lado do Judiciário, Legislativo e Executivo, a Constituição atual inovou, instituindo um quarto complexo orgânico, que recebeu como mister a função essencial de “provedoria da justiça”, com a seguinte composição: Defensoria Pública, Ministério Público, Advocacia privada e Advocacia de Estado (jul.1995, p. 31). Segundo o mesmo autor (jul.1995, p. 26), a função de provedoria da justiça estende-se ou junte-se não só ao Judiciário, mas a todos os demais poderes estatais. Isso decorre, segundo ele, do sentido empregado à categoria “cidadania”. Esta abrange não só o poder de votar ou ser votado para cargos eletivos, mas também o de decidir os rumos do governo e de controlar a legalidade, a legitimidade e a moralidade da atuação dos governantes. Isso, segundo ainda o autor, implica na existência dessas instituições de provedoria da justiça, atuando em favor desses valores cívicos, seja de maneira direta (advocacia privada e Defensoria Pública) ou indireta (Ministério Público e advocacia do Estado). São essas instituições, pelas suas atividades de caráter técnico-jurídico, que asseguram aos cidadãos a possibilidade de provocar os órgãos estatais de atuação legislativa, administrativa e jurisdicional para a tomada de providências de acordo com as suas respectivas competências (jul.1995, p. 25). Diz ainda o autor que as funções dessas provedorias não foram instituídas constitucionalmente como funções auxiliares, ou dispensáveis ou substituíveis, mas como “essenciais”. O qualificativo “essencial”, por sua vez, significa que essas funções são tão imprescindíveis à existência do Estado brasileiro quanto qualquer dos três Poderes estatais previstos no mesmo Título IV da Constituição.

De acordo com Silveira (1993, p. 18), a essencialidade à Justiça é ainda mais ampla que a proposta por Moreira Neto. Essa condição de essencialidade estende-se, segundo ele, não só a todas as instituições estatais, como também a todas as instituições vigentes na Sociedade. Além disso, a “justiça” a que estão interligadas as provedorias refere-se à finalidade última do Estado brasileiro. Essa finalidade última trata-se, conforme Silveira, da

Justiça Social. No caso da Defensoria Pública, isso decorre do fato dessa instituição possibilitar a tutela jurisdicional a todos os cidadãos, sem nenhuma discriminação referente à fortuna (1993, p. 12).

Além disso, a essencialidade da função da Defensoria Pública em relação à Justiça Social liga-se ao fato da orientação jurídica por ela prestada aos necessitados proporcionar: a) a prevenção e solução de litígios judiciais, e com isto também a prevenção da violência e do aprofundamento dos conflitos (1993, p. 16); b) o conhecimento do Direito posto e a formação de uma cultura de confiança nas instituições e no ordenamento jurídico como um todo (1993, p. 24). Assim, conforme Vianna (fev. 1991, p. 108), a instituição da Defensoria Pública é um instrumento de diminuição das desigualdades sociais e da mais alta relevância para o equilíbrio social.

De acordo com Moreira Neto (jul./1995, p. 39), mesmo que os interesses relegados ao Ministério Público e às advocacias do Estado fossem mal defendidos, ainda assim o Estado subsistiria. Contudo, ao revés, segundo ele, o Estado não mais subsistiria se a Sociedade passasse a perceber que a Justiça só existe para os favorecidos da sorte. Tal se deve, segundo ele, ao fato de que o Estado subsiste muito mais pelo consenso do que pela coerção. Essa reflexão dá uma dimensão da importância da instituição da Defensoria Pública em relação aos fins perseguidos pelo Estado. Ou seja, um organismo capaz de estabelecer a mediação jurídica entre os necessitados e o poder público, com o que se propicia a descoberta e a concretização dos direitos daqueles (CARVALHO, mar. 1993, p. 303). Por meio dessa atuação, a Defensoria Pública é uma instituição que contribui para a integração e a inclusão social do grupo de necessitados. Contribui para a inclusão social porque faz com que os necessitados deixem de ficar à margem dos benefícios do sistema político-econômico (PAULA, 2002, p. 91) e para a integração social porque, conforme Carvalho (mar. 1993, p. 303), coordena os necessitados como grupo, a fim de que, a partir da mesma convivência e dos mesmos anseios, encontrem caminhos para a

superação dos seus percalços. Esse vínculo grupal é captado do próprio artigo 134 da Constituição, que emprega o termo no plural, “necessitados”, e não no singular, para se referir às pessoas que prescindem da assistência jurídica prestada pela Defensoria Pública. Em razão disso é que, segundo o mesmo autor, a Defensoria Pública contribui para a restauração de uma verdadeira brecha entre Estado e Sociedade.

4 DEFENSORIA PÚBLICA E DEMOCRACIA

Conforme explicitado no capítulo anterior, a Defensoria Pública pode ser concebida como um modelo institucional fundado na Justiça Social. Essa vinculação, por sua vez, converge com a teoria de Rawls (1997, p. 7). Para ele a Justiça Social tem como objeto primário a estrutura básica da Sociedade. A estrutura básica da Sociedade é aquela que reúne as principais instituições sociais — aí se incluindo, dentre outros, a constituição e os regimes jurídico e econômico — e a maneira pela qual se articulam num único sistema. Esse arranjo da estrutura básica, por sua vez, deve proporcionar um sistema auto-suficiente de cooperação social, hábil à concretização dos fins essenciais da vida humana (2000a, p. 157). Para atingir esse desiderato, Rawls concentra e acentua importância no papel das instituições, as quais têm a incumbência de garantir condições justas para o contexto social. Isso porque se, por meio delas, a estrutura não for apropriadamente regulada e ajustada, por mais equitativas e justas que possam parecer as relações particulares, consideradas isoladamente, o processo social não conseguirá efetivamente se manter justo (2000a, p. 13-14). Assim é que a justiça, para o autor, deve ser a primeira virtude das instituições sociais (1997, p. 3). A existência dessas, em resumo, é condicionada à realização e manutenção da justiça. Em outro sentido, tendo como premissa a liberdade e a igualdade dos cidadãos, Rawls assinala que o quadro institucional tem ligação direta não só com a formação das aspirações, esperanças das pessoas, mas com a concretização daquelas e com o

desenvolvimento e aproveitamento das capacidades e talentos individuais (2000a, p. 18). Isso se deve, segundo ele, ao fato de que as perspectivas individuais dependem em parte da idéia que as pessoas têm de si. Além disso, elas apresentam ligação com a posição social e com os meios e as oportunidades com os quais cada um pode racionalmente contar. O autor não descarta as desigualdades econômicas e sociais dos cidadãos, seja em razão dos dons naturais de cada um, seja em função da origem social, contingências etc (2000a, p. 19). Pretendendo conciliar essas desigualdades de perspectivas de vida dos cidadãos, Rawls denomina a sua teoria de “justiça como equidade”. Parte ela da premissa de que as instituições sociais da estrutura básica podem ser qualificadas de justas desde que satisfaçam aos princípios que pessoas morais, livres e iguais, equitativamente situadas, adotariam com o objetivo de reger essa estrutura (2000a, p. 20). Sublinha ainda o autor (2000b, p. 345) a necessidade de formulação de princípios e do desenho dos contornos de uma concepção de justiça⁴. Essa concepção de justiça deve-se prestar à orientação geral da ação política e servir de base racional para um contínuo ajuste de um processo social de manutenção daquela no âmbito social (2000a, p. 37).

Segundo Rawls, as instituições sociais da estrutura básica devem organizar a cooperação social de modo a favorecer os esforços construtivos (2000a, p. 35), ou seja, aqueles voltados para a melhoria das condições de vida de todos os membros da Sociedade de uma forma geral.

A Defensoria Pública, em um país subdesenvolvido como o Brasil, pode assumir, mais do que qualquer outra, este papel de instituição rawlsiana voltada à promoção da Justiça Social, por meio da coordenação

4 Eis os princípios da sua teoria da justiça social: “a. toda pessoa tem um direito igual a um sistema plenamente adequado de liberdades fundamentais iguais que seja compatível com um sistema similar de liberdade para todos. b. as desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer duas condições: a primeira é que se vincule todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades; e a segunda é de que se reverta aos membros menos privilegiados da sociedade o maior benefício possível”.

e articulação dos pobres em torno da busca e consecução de dignidade, liberdade e oportunidades.

Em face do persistente quadro brasileiro e catarinense de exclusão e desigualdade sociais evidencia-se a insuficiência da mera proclamação de direitos. Isso porque “Para preencher a sua função de estabilização das expectativas nas sociedades modernas, o direito precisa conservar um nexos interno com a força socialmente integradora do agir comunicativo” (HABERMAS, 2003, p. 115). É necessário que “os que estão submetidos ao direito, na qualidade de destinatários, possam entender-se também enquanto autores do direito” (2003, p. 157).

Para Habermas (2003, p. 220)

[...] a organização do Estado de direito deve servir, em última instância, à auto-organização política autônoma de uma comunidade, a qual se constituiu, com o auxílio do sistema de direitos, como uma associação de membros livres e iguais do direito. As instituições do Estado de Direito devem garantir um exercício efetivo da autonomia política de cidadãos socialmente autônomos para que o poder comunicativo de uma vontade formada racionalmente possa surgir, encontrar expressão em programas legais, circular em toda a sociedade através da aplicação racional, da implementação administrativa de programas legais e desenvolver sua força de integração social – através da estabilização de expectativas e da realização de fins coletivos.

A sociedade brasileira, em sentido amplo, é indiferente à pobreza, individualista e, historicamente, apática politicamente. Precursor da abordagem weberiana em solo brasileiro, Faoro (2001, p. 836-837) é uma referência imprescindível na tarefa de compreender essa tradição patrimonial-burocrática nacional. Contudo, Vianna (1999, p. 256) bem ilustra a realidade brasileira atual:

Portadores de alguns benefícios, mas longe de experimentarem a condição de cidadãos, os homens pobres das cidades foram levados a desconhecer a vida institucional e os códigos que a

rege, mantendo com o Estado uma relação de “clientes”, cujos principais efeitos foram a heteronomia popular, a ausência de laços de solidarização social e a indiferença para com o bem-comum.

É necessário desenvolver-se uma cidadania ativa, uma ética social da responsabilidade, de modo que a democracia possa funcionar em toda a sua plenitude. Assim, para Habermas (2003, p. 91, v. 2),

Na perspectiva de uma teoria da democracia, a esfera pública tem que reforçar a pressão exercida pelos problemas, ou seja, ela não pode limitar-se a percebê-los e a identificá-los, devendo além disso, tematizá-los, problematizá-los e dramatizá-los de modo convincente e eficaz, a ponto de serem assumidos pelo complexo parlamentar.

Para tanto,

Para se transformarem numa força impulsionadora do projeto dinâmico da realização de uma associação de livres e iguais, os princípios do Estado de direito devem situar-se no contexto da história de uma nação de cidadãos e ligar-se aos motivos e aos modos de sentir e de pensar deles! (HABERMAS, 2003, p. 229, v. I)

À Defensoria Pública pode ser atribuída essa missão emancipadora-mobilizadora das pessoas necessitadas e servir como ponte institucional em prol da melhoria das condições de vida daquelas.

A “apatia social” verificada no presente contrasta com a chamada “judicialização da política”.

De acordo com Vianna (1999, p. 47-50), em razão da tradição estatal autoritária, ao descrédito popular na classe política (em face de vários e graves acontecimentos, como reiterados casos de envolvimento de políticos com corrupção e outras práticas anti-éticas), da corrosão da representatividade política, da ineficiência na formulação e condução de políticas públicas, o Judiciário passa, cada vez mais, a se constituir no de-

positário das esperanças populares. No Estado Social brasileiro, portanto, o Judiciário, além de ter um papel de “guardião” das promessas de bem-estar próprias deste modelo, acaba se tornando um palco, por excelência, de externalização e solução das insatisfações populares. Esse deslocamento do eixo das discussões políticas para o Judiciário acaba dando origem ao fenômeno da “judicialização da política”, e sobrecarrega o já congestionado organismo. Não só as pessoas acabam se servindo isoladamente do Judiciário para obrigar o Estado a prestar determinados serviços ou adotar certas condutas, mas também os próprios movimentos sociais, governadores, partidos políticos etc. também o fazem (1999, p. 53).

Burgos e Vianna (2005, p. 10) efetuaram no Estado do Rio de Janeiro estudos de caso em processos de ação civil pública e constataram que “Os caminhos da judicialização da política não detêm, por si sós, o condão de democratizar o Estado e as relações da dimensão sistêmica da economia com a cidadania”. Isso porque a mobilização em torno dos direitos perseguidos só é levada a cabo por aqueles que têm conhecimento e iniciativa para exercê-lo, e possuem um caráter notadamente defensivo. Os casos estudados diziam respeito, dentre outros, à falta de políticas públicas para distribuição de medicamentos à população carente e acerca da assistência a crianças e adolescentes dependentes de drogas e de álcool. As ações propostas foram julgadas procedentes pelo Judiciário. Todavia, isso não foi suficiente, em face da falta de engajamento social. Outrossim, as associações – movimentos sociais —, em vés da mobilização social, optam em perseguir os seus fins, meramente, por meio da arena judicial. Associações são criadas para somente ingressarem com ações judiciais. Outras vezes, Termos de Ajuste de Conduta são assinados sem a participação popular (2005, p. 51-52).

A título de ilustração, transcreve-se a conclusão de Burgos e Vianna (2005, p. 42) acerca do caso da drogadição de crianças e adolescentes:

Assim, a batalha “quixotesca” do Ministério Público e do Judiciário em torno da questão da drogadição de crianças e adolescentes parece ter alcançado êxito, incorporando à agenda pública um tema que não lhe teria chegado pela via da política. *A ausência da sociedade civil organizada ao longo de todo o embate, no entanto, cobrará seu preço, pois somente uma fiscalização continuada da qualidade dos serviços*, e um envolvimento mais amplo das instituições de ensino e de pesquisa na matéria, poderão assegurar uma efetiva resposta ao problema. *Enquanto a questão permanecer invisível para a sociedade, dificilmente o poder público terá motivos para conferir prioridade à matéria*. E, sozinhos, o Ministério Público e o Judiciário não terão como sustentar tal agenda por muito tempo (grifos nossos).

A estratégia de emancipação social por meio do Judiciário, sem o necessário respaldo e engajamento popular, apresenta o risco de banalizar, despolitizar e desagregar as lutas políticas dos movimentos sociais, bem como de debilitar a coesão social, com a limitação do dinamismo e criatividade que lhe são peculiares e necessários (UPRIMNY e GARCÍA-VILLEGAS, 2002, p. 332).

À Defensoria Pública, portanto, caberia, também, essa função democrática de mobilização da população carente em torno de políticas públicas eficazes em favor do bem-estar daquelas. Ela poderia e deveria, assim, segundo o modelo proposto, ir ao encontro das pessoas pobres (ruas, associações, presídios, empresas etc); identificar os seus problemas; dar os encaminhamentos administrativos e judiciais necessários; reuni-las e agregá-las em torno dos seus problemas, direitos, deveres e responsabilidades; auxiliá-los na constituição de associações atuantes e acompanhá-las; mobilizá-los à participação política; esclarecê-los das políticas públicas (in) existentes, e acerca da necessidade da fiscalização e participação popular para que sejam eficientemente implementadas; coordenar os movimentos sociais; cobrar e fiscalizar os agentes públicos acerca das políticas públicas e serviços – saúde, educação, segurança etc. — voltados à população carente; desenvolver campanhas e parcerias em prol da população menos

favorecida; trazer aos meios de comunicação e ao debate público as eventuais e graves omissões estatais e sociais com segmentos pobres e/ou marginalizados; fomentar a solidariedade por intermédio do voluntariado etc. Essa mudança do desenho da Defensoria Pública constituiria um elo de uma reforma institucional necessária e urgente com vistas na erradicação da pobreza e da diminuição das desigualdades sociais existentes em solo brasileiro e catarinense.

A propósito, adverte Schwartzmann (2004, p. 196-197):

De fato, nenhuma reforma significativa pode ser implementada sem alguma combinação destes elementos – reforma institucional, mudança na legislação e desenvolvimento da capacidade do governo de planejar. Tais elementos não funcionarão sozinhos, ou simplesmente não funcionarão, no entanto, se não foram parte de mudanças mais profundas nos valores e nas atitudes da população e no trabalho cotidiano da vida política. Isso não significa que a reforma moral e comportamental deva vir primeiro, por meio de alguma forma de pregação ou campanha de opinião pública. Atitudes, valores e percepções podem mudar rapidamente quando as condições externas mudam – como aconteceu no Brasil com o fim das décadas de política militar nos anos de 1980 e o fim da inflação da década de 1990. A reforma social requer conhecimento, mas é predominantemente uma arte – a arte de identificar prioridades e a capacidade de comunicar sua urgência e sua importância à sociedade.

5 A DEFENSORIA PÚBLICA COMO COORDENADORA DEMOCRÁTICA DOS CIDADÃOS NECESSITADOS

A Defensoria Pública é uma instituição essencial à mudança da lamentável realidade social, que é histórica, cultural, típica de países em desenvolvimento, como é o caso do Brasil. Aliás, o Brasil utiliza em grande medida um modelo de Defensoria Pública típica dos chamados “países de primeiro mundo”. Todavia, lá as sociedades são formadas por cidadãos ativos, identificados e unidos em torno de fins comuns, o que não se

verifica em países em desenvolvimento. Por isso, naquelas sociedades é desnecessária a existência de um organismo que “mostre e ensine” a trilhar este caminho. Além do que, lá, ao contrário do Brasil e outros países em desenvolvimento, a pobreza é a minoria.

Propõe-se, em sentido lato, uma revisão acerca da concepção dessa instituição. Segundo esse novo desenho, a Defensoria Pública deve ser uma instituição preponderantemente de coordenação e mobilização das pessoas carentes.

A propósito, pontifica Habermas (2003, p. 149):

Os direitos só se tornam socialmente eficazes, quando os atingidos são suficientemente informados e capazes de atualizar, em casos específicos, a proteção do direito garantida através de direitos fundamentais de justiça. A competência de mobilizar o direito depende, em geral, do grau de escolaridade, da procedência social e de outras variáveis (tais como sexo, idade, experiência em processos, tipo de relação social envolvida no conflito, etc.). É a utilização do direito materializado levanta enormes barreiras, exigindo do leigo que decomponha seus problemas cotidianos (do trabalho, lazer e consumo, moradia, doença, etc.) em construções jurídicas muito especializadas, abstraídas dos contextos da experiência do mundo da vida. Daí a necessidade de uma política compensatória de proteção jurídica, capaz de fortalecer o conhecimento do direito, a capacidade de percepção, de articulação e de imposição por parte dos clientes carentes de proteção. O contrapoder dos interesses sociais pode ser reforçado através da *coletivização da imposição do direito* (grifo original), isto é, através de medidas convencionais, tais como seguro de proteção jurídica, assunção dos custos dos processos, etc. O instrumento de demanda em nome de uma associação ou de uma comunidade, bem como *a criação de mediadores, de postos de arbitragem, etc., pode aliviar clientes impotentes e sobrecarregados*; seria preciso, no entanto, que a proteção jurídica coletiva não se resumisse a aliviar o indivíduo através de uma representação competente, mas o *engajasse* (grifo original) na percepção organizada, na articulação e na imposição de seus próprios interesses. Se se quiser impedir que a tutela por parte

do Estado Social se alastre ainda mais por este caminho, é necessário que a pessoa envolvida experimente a organização da proteção do direito como um processo político e que *ela mesma* participe na construção do contrapoder articulando interesses sociais. A colaboração no processo de realização do direito cria um laço entre o *status* positivo do direito, valorizado em termos coletivos, e o *status* de cidadão ativo”

Nesse contexto, nesse novo modelo, a Defensoria Pública deve auxiliar essas pessoas carentes a se organizarem, seja nas ruas, nos bairros, nas instituições etc. Deve mostrar a essas pessoas a força da mobilização, o poder que têm de influir sobre os governantes e outros segmentos econômicos e sociais, a necessidade de responsabilidade e solidariedade a toda a sociedade, não só aos necessitados. Há uma indiferença em relação à situação de marginalidade em que vive grande parte da população: veja-se a questão das penitenciárias, da estrutura de atendimento às crianças e adolescentes etc. Deve desenvolver estratégias e campanhas nesse sentido. Seguindo-se essa mesma diretriz, a Defensoria Pública deve ter uma estrutura voltada à atuação preventiva e fiscalizadora perante o Executivo e o Legislativo. A sua deve ser a voz de todas as pessoas necessitadas em busca de dignidade, do reconhecimento e da ampliação de seus direitos. A Defensoria Pública e os seus agentes devem servir de referência, de porto seguro, àquelas pessoas. Para tanto, a Defensoria Pública, segundo o *status* proposto, deve gozar do poder político necessário perante todos os demais agentes públicos e ter ao seu alcance os remédios jurídicos correspondentes. Juridicamente, deve a Defensoria Pública ingressar com ações judiciais em nome de toda a coletividade de pessoas necessitadas assim que constatar que ofensas pontuais aos interesses daquelas podem estar se reproduzindo e/ou afetando um grupo social determinado. Além do que, ainda neste espectro de macroatuação, deve tomar as medidas extrajudiciais e preventivas para que tais ofensas não se verifiquem novamente.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao término deste artigo, pontuamos como relevantes os seguintes aspectos em relação à adoção de um modelo proposto de “Defensoria Pública forte” a ser implementado em Santa Catarina:

a) a Defensoria Pública apresenta um papel essencial à Democracia e Cidadania, visto que propicia que as pessoas necessitadas tenham Acesso à Justiça, com o que, podem reconhecer e afirmar direitos, bem como fiscalizar a atuação dos órgãos e agentes públicos;

b) a instalação da Defensoria Pública em Santa Catarina é essencial não só por força do art. 134 da Constituição Federal e da Lei Complementar n. 80/94, mas também como imperativo da Democracia, Cidadania e Justiça Social;

c) a inexistência de um organismo estatal, independente e autônomo, voltado à coordenação e mobilização das pessoas carentes em torno de seus interesses, em sentido amplo, está relacionada com a perpetuação do quadro de pobreza e desigualdade social em nosso País e Estado;

d) em face da pobreza e do quadro sócioinstitucional existente há um comprometimento da Democracia, da Cidadania e do Acesso à Justiça que precisa ser superado por meio de um modelo de “Defensoria Pública forte”;

e) a Defensoria Pública poderia ter um papel ainda mais significativo para a Democracia e a Cidadania se, desatrelando-se um pouco de sua posição vinculada ao sistema judicial, centrasse a sua atuação como instituição coordenadora e mobilizadora das pessoas necessitadas.

7 REFERÊNCIAS

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen G. Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1988. 168 p.

CARVALHO, Pedro Armando Egydio de. *A defensoria pública: um novo conceito de assistência judiciária*. Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda., ano 82, n. 689, mar. 1993. p. 302-304.

CICHOCKI NETO, José. *Limitações ao acesso à justiça*. 1. ed. 2. tir. Curitiba: Juruá, 2000. 213 p.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001. 341 p.

FAORO, Raimundo. *Os donos do poder*. Formação do patronato político brasileiro. 3. ed. rev. São Paulo: Globo, 2001.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. 352 p. 2v.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2000. 284 p.

MORAES, Guilherme Braga Penã de. *Assistência jurídica, defensoria pública e o acesso à jurisdição no estado democrático de direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997. 159 p.

MORAES, Guilherme Peña de. *Instituições da defensoria pública*. São Paulo: Malheiros, 1999. 374 p.

MORAES, Silvio Roberto Mello. *Princípios institucionais da defensoria pública*. Lei Complementar n. 80, de 12-1-1994 anotada. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda., 1995. p. 16.

MOREIRA NETO, Diego Figueiredo. *A defensoria pública na construção do estado de justiça*. Revista de Direito da Defensoria Pública. Rio de Janeiro: ano 6. n. 7. jul.1995. p. 15-41.

PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. *A jurisdição como elemento de inclusão social* – revitalizando as regras do jogo democrático. p. 81 e 94.

RAWLS, John. *Justiça e democracia*. Tradução de Irene A. Paternot. Seleção, apresentação e glossário de Catherine Audard. São Paulo: Martins Fontes, 2000a. 406 p.

————— *O liberalismo político*. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000b. 430 p.

————— *Uma teoria da justiça*. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997. 708 p.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Acesso à justiça no direito processual brasileiro*. São Paulo: Acadêmica, 1994. 146 p.

SCHWARTZMANN, Simon. *Pobreza, exclusão social e modernidade: uma introdução ao mundo contemporâneo*. São Paulo: Augurium, 2004. 239 p.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed. rev. e atual. nos termos da reforma constitucional (até a Emenda Constitucional n. 31, de 14-12-2000). São Paulo: Malheiros, 2001. 878 p.

SILVEIRA, José Néri da. *Defensoria pública numa ordem de liberdade e justiça*. p. 6. Anais do VII Encontro dos Defensores Públicos do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: 19 a 21 de maio de 1993. Associação dos Defensores Públicos do Estado do Rio de Janeiro, 1993. p. 1-24.

UPRIMNY, R; GARCÍA-VILLEGAS, M. Tribunal Constitucional e emancipação social na Colômbia. In SANTOS, Boaventura de

Sousa (org.). *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. p. 298-335.

VIANNA, Guaraci de Campos. *A defensoria pública e a defesa da cidadania na esfera penal*. Revista de Direito da Defensoria Pública. Rio de Janeiro: ano 4. n. 5. fev.1991. p. 104-114.

VIANNA, Luiz Werneck. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, M. *Entre princípios e regras: cinco estudos de caso de ação civil pública*. Cadernos CEDES. ano I. n. 1. Rio de Janeiro: IUPERJ, 2005.

**SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL**

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 13-6, Santa Catarina

Relator: Ministro Joaquim Barbosa

Requerente: Governador do Estado de Santa Catarina

Advogado: Paulo Leonardo Medeiros Vieira

Requerida: Assembléia Legislativa do Estado de Santa Catarina

EMENTA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. RESERVA DE INICIATIVA. AUMENTO DE REMUNERAÇÃO DE SERVIDORES. PERDÃO POR FALTA AO TRABALHO. INCONSTITUCIONALIDADE.

Lei n. 1.115/1988 do Estado de Santa Catarina. Projeto de lei de iniciativa do governador emendado pela Assembléia Legislativa.

Fere o art. 61, § 1º, II, *a*, da Constituição Federal de 1988 emenda parlamentar que disponha sobre aumento de remuneração de servidores públicos estaduais. Precedentes.

Ofende o art. 61, § 1º, II, *c*, e o art. 20 da Constituição Federal de 1988 emenda parlamentar que estabeleça perdão a servidores por falta ao trabalho.

Precedentes.

Pedido julgado procedente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a presidência da Ministra Ellen Gracie, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em julgar procedente a ação direta, nos termos do voto do relator.

Brasília, 17 de setembro de 2007.

JOAQUIM BARBOSA

Relator

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (Relator): Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Governador do Estado de Santa Catarina contra o § 5º do art. 1º, o § 2º do art. 3º e o art. 9º, *caput* e parágrafo único, da Lei Estadual n. 1.115, de 9-12-1988.

Os dispositivos impugnados têm a seguinte redação:

Art. 1º Os valores, vigentes em setembro de 1988, de vencimento, salário, soldo, gratificação, adicional de representação, provento e pensão do pessoal civil e militar, ativo e inativo, dos quadros da administração direta e autárquica dos Poderes Executivo e Legislativo e do Tribunal de Contas do Estado ficam reajustados, observados os seguintes critérios:

§ 5º Sobre o resultado dos reajustes previstos neste artigo, itens I, letras *a, b, c e d*, II e III, incide o percentual de 87% (oitenta e sete por cento), e sobre ele incidirão os adicionais, inclusive o tempo de serviço.

Art. 3º Sobre a Gratificação Complementar à Regência de Classe instituída pelo artigo 6º da Lei n. 6.771, de 12 de junho de 1986 e sobre as Cotas de Produção, instituídas, pela Lei n. 6.894, de 3 de novembro de 1986, incidirá o adicional por tempo de serviço, nos limites previstos em Lei.

§ 2º A partir de novembro de 1988 (mil novecentos e oitenta e oito), ficará instituída a URP para o cálculo de reajuste salarial dos funcionários públicos dos três Poderes, do Tribunal de Contas e das Fundações, Polícia Civil e Militar.

Art. 9º Os funcionários públicos da Administração Direta e Autárquica dos três Poderes do Estado, que deixaram de comparecer ao serviço, sem motivo justificado, nos períodos compreendidos entre 24 de maio de 1987 a 21 de julho de 1987 e de 6 de outubro de 1988 até a publicação desta Lei, terão suas faltas suprimidas das respectivas fichas funcionais para todos os fins e efeitos legais.

Parágrafo único. Os processos administrativos, instaurados em função de atividades desenvolvidas nos períodos mencionados no *caput*, serão arquivados e seus efeitos anulados.

Informa o requerente que encaminhou à Assembléia Legislativa do Estado de Santa Catarina mensagem com projeto de lei que versava sobre reajuste de vencimentos de servidores do Poder Executivo, do Poder Legislativo e do Tribunal de Contas. O projeto foi aprovado na Casa Legislativa com emendas, as quais foram vetadas pelo chefe do Executivo. Depois do retorno à Assembléia Legislativa, vários vetos opostos ao projeto foram rejeitados, e, assim, a lei foi promulgada.

Sustenta o governador que o § 5º do art. 1º e o § 2º do art. 3º da Lei n. 1.115/1988 de Santa Catarina, ambos de origem parlamentar, violam o disposto no art. 38 do ADCT da Constituição Federal de 1988, pois fazem com que as despesas do Estado com pessoal ultrapassem o limite de 65%. Apresenta demonstrativo de que, de fato, tal limite foi ultrapassado com a implementação das normas impugnadas (fl. 48).

No que se refere à impugnação do art. 9º, defende que o abono de faltas decorrentes de exercício de greve por servidores, de que trata o dispositivo, viola o art. 2º da Constituição de 1988, uma vez que tal matéria é de índole administrativa, e não legislativa. Segundo sustenta, o dispositivo também ofende o art. 5º, XXXVI, da Carta de 1988, na medida em que

muitos dos servidores que tiveram as faltas abonadas não obtiveram êxito em demandas judiciais com decisões já transitadas em julgado.

Apreciando pedido de liminar, o então Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Rafael Mayer, com base em parecer previamente solicitado ao Procurador-Geral da República, decidiu suspender, com efeitos *ex nunc*, a eficácia apenas do § 5º do art. 1º e do § 2º do art. 3º da Lei n. 1.115/1988 do Estado de Santa Catarina.

Designado relator do caso, o Ministro Moreira Alves submeteu a decisão liminar ao julgamento do Pleno, onde foi integralmente referendada.

As informações da Assembléia Legislativa do Estado do Espírito Santo ressaltam a liberdade do estado-membro para disciplinar a matéria contida nos dispositivos impugnados e no princípio da isonomia, uma vez que existia lei estadual anterior que concedia aos membros do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina o reajuste de 87%, de que trata o § 5º do art. 1º da Lei n. 1.115/1988 do Estado de Santa Catarina.

A Advocacia-Geral da União defende a constitucionalidade das normas atacadas. Por sua vez, o Procurador-Geral da República opina pela procedência integral do pedido.

VOTO

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (Relator): Senhora Presidente, em síntese, o requerente aponta dois tipos de contrariedade à Constituição Federal pelas normas impugnadas.

O primeiro deles, que agrupa o § 5º do art. 1º e o § 2º do art. 3º da Lei n. 1.115/1988 do Estado de Santa Catarina, tem a ver com o limite de comprometimento do orçamento do estado com pagamento de servidores públicos. O segundo, que envolve o art. 9º da lei catarinense, relaciona-se

com suposta ofensa aos princípios da separação de poderes e da proteção da coisa julgada.

Em relação aos dois primeiros dispositivos impugnados, creio, na linha do julgamento da liminar — o qual seguiu parecer do então Procurador-Geral da República, hoje o Ministro Sepúlveda Pertence —, que não seja sequer necessário analisar a compatibilidade das normas com o art. 38 do ADCT da Constituição Federal de 1988.

Com efeito, é possível perceber que os dispositivos, uma vez originados de emendas parlamentares, feriram o art. 61, § 1º, II, *a*, por disporem, indiscutivelmente, sobre aumento de remuneração, embora sob o argumento de que, com isso, pretendia-se corrigir distorções do processo inflacionário. Essa é, há muito, a posição desta Corte. Cito, para ficar apenas em exemplos mais recentes, a ADIn n. 2.619 (rel. Min. Eros Grau), a ADIn n. 1.470 (rel. Min. Carlos Velloso) e a ADIn n. 2.705 (rel. Mina. Ellen Gracie).

O terceiro dispositivo impugnado, por sua vez, comporta análise mais detida. Seu objetivo principal é suprimir as faltas dos servidores dos três poderes do Estado de Santa Catarina que se ausentaram do serviço em determinados períodos entre os anos de 1987 e 1988. Embora o dispositivo não informe expressamente o que ocasionou a ausência ao serviço, o veto do governador (fl. 33) e o parecer do deputado estadual relator da apreciação do veto na Assembléia Legislativa (fl. 117) referem-se à paralisação grevista que teria ocorrido nos períodos.

O perdão de dias de falta do servidor público por exercício de greve já foi tema de várias ações diretas ajuizadas no Supremo Tribunal Federal, tais como a ADIn n. 233/MC (rel. para o acórdão Min. Ilmar Galvão), ADIn n. 1.333/MC (rel. Min. Ilmar Galvão), ADIn n. 864 (rel. Min. Moreira Alves), ADIn n. 1.440/MC (rel. Min. Ilmar Galvão), ADIn n. 546 (rel. Min. Moreira Alves).

Os dois últimos julgamentos, nos quais a Corte se deteve com mais afincio na questão, revelaram uma diferença de perspectivas. Para a maioria, emenda parlamentar em projeto de lei enviado por governador que dispõe sobre perdão de faltas em períodos de greve é inconstitucional, seja por violar a reserva exclusiva de iniciativa do chefe do Poder Executivo, seja por violar o princípio da separação de poderes. Do outro lado, a minoria entende que o estabelecimento de tal perdão, por configurar-se como um tipo de anistia, pode ser objeto de emenda parlamentar, pois tal assunto não é reservado à iniciativa do Executivo.

No caso em questão, é preciso ressaltar uma peculiaridade, já aqui lembrada, que, a meu sentir, interfere na adoção de uma ou de outra perspectiva desenvolvida na jurisprudência da Corte: a norma do art. 9º em nenhum momento estabelece perdão de faltas pelo exercício de movimento grevista. Não há direcionamento nesse sentido; basta um servidor ter faltado ao serviço, por qualquer motivo, no período contemplado no dispositivo, para não sofrer nenhuma punição. Não há falar, portanto, em anistia de servidores grevistas. Ainda que se possa afirmar que a anistia tem caráter nitidamente político, podendo, assim, ser disciplinada por iniciativa do Poder Legislativo, a norma atacada pode atingir servidores que faltaram por motivos outros, o que retira qualquer conotação política do perdão estabelecido.

À parte isso, filio-me à posição majoritária da Corte desenvolvida nos precedentes citados, no sentido de que perdão de faltas é matéria de nítida índole administrativa, recaindo na reserva de iniciativa do Poder Executivo, nos termos do art. 61, § 1º, II, *c*, da Constituição de 1988. Como muito bem ressaltado pelo Ministro Néri da Silveira no julgamento da ADIn n. 1.440/MC:

Não há dúvida, portanto, que, por sua extensão, essa norma concerne ao regime jurídico dos servidores, desde que dispõe sobre revogação de punições ou de atos de conteúdo punitivo, tendo como destina-

tários, como disse, servidores que integram a administração direta, fundacional e autárquica do Estado. Penso que não há como deixar de reconhecer, nessa norma, o caráter de regra sobre regime jurídico de servidor, pois pertencem ao regime jurídico dos servidores aquelas normas que disponham a respeito do processo disciplinar de restrições em decorrência do não-comparecimento do servidor ao trabalho ou de ausência, antes do fim do expediente, assim como as leis estatutárias de ordinário regulam essas matérias.

É certo, no entanto, que a jurisprudência desta Corte tem-se encaminhado no sentido de reconhecer a faculdade de o Poder Legislativo emendar projetos de lei de iniciativa exclusiva do Poder Executivo, desde que isso não implique aumento de despesa ou restrição orçamentária de algum tipo. Mas a Corte também tem reconhecido que é preciso que haja nas emendas pertinência lógica com o projeto enviado pelo Poder Executivo. Na didática síntese do Min. Celso de Mello, constante da ementa da ADIn n. 1.050, emendas parlamentares são possíveis nesses casos, desde que: “(a) não importem em aumento da despesa prevista no projeto de lei, (b) guardem afinidade lógica (relação de pertinência) com a proposição original e (c) tratando-se de projetos orçamentários (CF, art. 165, I, II e III), observem as restrições fixadas no art. 166, §§ 3º e 4º, da Carta Política.”

Ora, no caso presente, o segundo requisito apontado não foi verificado. O projeto de lei originalmente enviado pelo chefe do Executivo não contemplava sequer a questão afeita à greve de servidores. O projeto versava exclusivamente sobre reajuste de remuneração aos servidores (fls. 15-22). Deve-se reconhecer, portanto, que o Legislativo, ao inserir, por emenda, matéria completamente diversa daquela que motivara o chefe do Executivo a enviar projeto de lei, feriu o princípio da separação de poderes consubstanciado no art. 2º da Constituição Federal. Não fosse assim, o Poder Legislativo teria liberdade ampla para disciplinar, por emenda, matérias estranhas àquelas inseridas em projetos de lei enviados por chefe do Executivo. Lembro, ademais, que tal argumento foi utilizado pelo voto

vencedor do Min. Moreira Alves, por ocasião do julgamento da ADIn n. 546, que versava também sobre tema relativo a perdão a servidores por falta ao trabalho.

Nesse sentido, concluo que houve tanto violação da reserva exclusiva do Poder Executivo para iniciar o processo legislativo, relativamente ao art. 9º, como, em relação ao mesmo dispositivo, ofensa ao princípio da separação de poderes.

Ante o exposto, julgo procedente, no todo, o pedido, para declarar a inconstitucionalidade do § 5º do art. 1º, do § 2º do art. 3º e do art. 9º da Lei n. 1.115/1988 do Estado de Santa Catarina.

HABEAS CORPUS

Habeas Corpus n. 90.618-4, de Santa Catarina

Relator: Ministro Marco Aurélio

Paciente: Neiva Pasturina Xavier Faria Machado

Impetrante: Neiva Pasturina Xavier Faria Machado

Advogado: Mikchael Bastos Policarpo da Silva

Coator: Relator do HC n. 58.904 do Superior Tribunal de Justiça

PRESCRIÇÃO — PRETENSÃO PUNITIVA E EXECUTÓRIA. Hão de ser levadas em conta datas relativas aos fatos, ao recebimento da denúncia, à sentença condenatória e ao trânsito em julgado, presente a dilação própria considerada a pena imposta.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Primeira Turma, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade, em indeferir o pedido de *habeas corpus*. Ausente, justificadamente, o Ministro Ricardo Lewandowski.

Brasília, 4 de setembro de 2007.

Marco Aurélio

Presidente e Relator

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO — Adoto como relatório as informações prestadas pelo Gabinete:

Por meio da decisão de folhas 105 e 106, Vossa Excelência indeferiu o pedido de concessão de medida acauteladora, consignando:

HABEAS CORPUS — PRESCRIÇÃO RETROATIVA — RELEVÂNCIA NÃO DEMONSTRADA — SUSPENSÃO DE EXECUÇÃO PENAL — LIMINAR INDEFERIDA.

1. A paciente-impetrante foi condenada à pena de reclusão de dois anos e à de multa em razão da prática do crime definido no artigo 316 do Código Penal — concussão. Sustenta a ocorrência da prescrição retroativa ante a passagem de mais de quatro anos. Eis os dados cronológicos:

- a) os fatos teriam acontecido em 21 de março de 2001;
- b) a denúncia foi recebida em 5 de fevereiro de 2002;
- c) a sentença condenatória foi prolatada em 21 de março de 2003, não havendo o Ministério Público interposto recurso;
- d) o acórdão desprovido a apelação da defesa veio a ser formalizado em 24 de agosto de 2004.

Requer a concessão de medida acauteladora que implique a suspensão da execução penal até o julgamento deste *habeas*, proclamando-se, *afim*, a incidência da prescrição retroativa.

À inicial não se anexaram documentos, o que ensejou o despacho de folha 16, tendo a paciente-impetrante juntado as peças de fls. 18-87.

O Superior Tribunal de Justiça encaminhou a decisão que resultou na negativa de seguimento ao *Habeas Corpus* n. 58.904/SC (fls. 101-103).

2. Está-se diante de impugnação a ato definitivo, muito embora da autoria do relator da impetração. Ao pedido formulado, foi negada seqüência. Então, não cabe cogitar do óbice revelado pelo Verbete n. 691 da Súmula do Supremo, que, de qualquer modo, há de merecer, sempre e sempre, exame que o compatibilize com os ditames maiores da Constituição Federal. Cumpre ter presente que a espécie não envolve a prescrição da pretensão punitiva. É que a sentença condenatória,

prolatada em 21 de março de 2003, implicou a interrupção da prescrição. Em síntese, considerada a pena de dois anos de reclusão e o prazo prescricional de quatro anos, não houve o transcurso deste último até a formalização do pronunciamento condenatório do Juízo. Daí não se poder vislumbrar, de início, constrangimento ilegal no que reputada a prescrição no âmbito do Superior Tribunal de Justiça.

Sob o ângulo da execução, atentem para o fato de a apelação da defesa haver sido julgada em 24 de agosto de 2004, bem como para o princípio da não-culpabilidade, a obstaculizar a exigência do cumprimento da pena antes de encontrar-se a culpa formada, entendendo-se o fenômeno como vinculado à preclusão do que decidido no campo da recorribilidade.

3. Indefiro a liminar.
4. Colham o parecer da Procuradoria-Geral da República.
5. Publiquem.

A Procuradoria-Geral da República, no parecer de folhas 108-112, manifesta-se pelo indeferimento da ordem. Afirma que a verificação de sucessivos marcos interruptivos da prescrição, em períodos inferiores a quatro anos, afasta a pretensão do impetrante de ver extinta a punibilidade. Ressalta que, da documentação juntada às folhas 18-84, depreende-se que o crime ocorreu em 21 de março de 2001, e a denúncia foi oferecida em 13 de dezembro do mesmo ano e recebida em 5 de fevereiro de 2002 (fls. 28-31). A paciente foi condenada à pena de dois anos de reclusão em regime aberto e ao pagamento de dez dias-multa, por infração ao artigo 316 do Código Penal, substituída por duas penas restritivas de direito, uma de prestação pecuniária e outra de interdição temporária de direitos. A sentença foi proferida em 21 de março de 2003 e publicada três dias depois em cartório (fls. 34-54). O Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina negou provimento à apelação da defesa (fls. 56-69) e os recursos submetidos à apreciação nas instâncias superiores foram desprovidos. A decisão transitou em julgado em 26 de maio de 2006, conforme certidão de fl. 71. Entende evidentes dois marcos interruptivos da prescrição: o

recebimento da denúncia e a prolação de sentença condenatória, não ocorrendo, entre a data da publicação da sentença — 24 de março de 2003 — e o trânsito em julgado da condenação — 26 de maio de 2006 —, o lapso temporal de quatro anos.

Em 7 de julho de 2007, lancei visto no processo, liberando-o para ser julgado na Turma, a partir de 7 de agosto de 2007, isso objetivando dar conhecimento ao advogado da impetrante.

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR)
– Conforme sinalizado no indeferimento da medida acauteladora e consignado no parecer da Procuradoria-Geral da República, descabe concluir pela incidência da prescrição. Tomado o lapso de quatro anos, presente pena que não extravasou o biênio, quer entre a data da ocorrência dos fatos — 21 de março de 2001 — e a do recebimento da denúncia — 5 de fevereiro de 2002 —, quer entre a data desse último fenômeno e a da decisão condenatória — 21 de março de 2003 —, não se passaram os quatro anos. O mesmo há de ser dito quanto ao período entre a prolação da sentença — 21 de março de 2003 — e a data do trânsito em julgado da condenação — 26 de maio de 2006. O que sobeja, para examinar, é a prescrição da pretensão executória e, aí, tem-se como marco inicial dos quatro anos 26 de maio de 2006, o que a projeta, em termos de consumação, para maio de 2010. Indefiro a ordem.

MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO CAUTELAR

Medida Cautelar em Ação Cautelar n. 1.724-6, de Santa Catarina

Relator: Ministro Marco Aurélio

Requerente: Estado de Santa Catarina

Advogada: PGE-SC — Bárbara Lebarbechon Moura Thomaselli

Requerido: Município de Anita Garibaldi

Advogados: Paulo Ernani da Cunha Tatim e outro

RECURSO EXTRAORDINÁRIO — EFICÁCIA SUSPENSIVA — PRONUNCIAMENTO DO TRIBUNAL. Se existente pronunciamento do Tribunal no sentido do pleito formalizado no extraordinário, há relevância suficiente a ditar o empréstimo de eficácia suspensiva ao citado recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Primeira Turma, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade, em referendar a medida cautelar em ação cautelar, nos termos do voto do relator. Não participaram, justificadamente, deste julgamento os Ministros Carlos Ayres Britto e Menezes Direito.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO — Eis a decisão mediante a qual a Ministra Ellen Gracie, nas férias coletivas de julho, emprestou efeito suspensivo ao recurso extraordinário admitido na origem (fls. 68-70):

1. Trata-se de ação cautelar, com pedido de medida liminar, requerida pelo Estado de Santa Catarina, com o objetivo de atribuir efeito

suspensivo ao RE n. 534.822/SC (fl. 22), interposto do acórdão proferido pela 3ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de Santa Catarina nos autos da Apelação Cível n. 2005.043151-6, que se encontra assim ementada:

“APELAÇÃO CÍVEL — AÇÃO ORDINÁRIA — DIREITO FINANCEIRO — PRODEC — FUNDO DE PARTICIPAÇÃO DOS MUNICÍPIOS — INCENTIVOS FISCAIS — ICMS — LEI ESTADUAL N. 11.345/00 — ILEGALIDADE — INTELIGÊNCIA DO ART. 158, IV, DA CF/88 — DIREITO DO MUNICÍPIO RECEBER A TÍTULO DE REPASSE DO ICMS A COTA INTEGRAL DE 25% — RECURSO PROVIDO.

‘Sem a prévia autorização da Fecam (Federação Catarinense dos Municípios) ou do município diretamente interessado, ao Estado não é lícito conceder incentivo fiscal, através do Prodec (Programa de Desenvolvimento da Empresa Catarinense), em limite que comprometa a parcela da arrecadação do ICMS que corresponde ao Fundo de Participação dos Municípios (Lei Estadual n. 11.345/00, art. 11, § 2º)’ (Mandado de Segurança n. 2000.020158-8, da Capital)” (fl. 36).

O requerente sustenta, em síntese:

a) plausibilidade jurídica do direito invocado, pelos seguintes motivos:

a.1) o Prodec, instituído pela Lei n. 11.345/2000, não retém nenhum valor pertencente aos municípios, assim como não outorga deferimento de crédito tributário ou isenção, mas apenas posterga o recolhimento do tributo devido. Assim, o acórdão recorrido, ao determinar a repartição de receita derivada (ICMS) antes de sua efetiva arrecadação, viola o disposto no art. 158, IV, da Constituição da República;

a.2) a Lei Complementar n. 63/90 é integralmente cumprida pelo ente estatal, sendo o produto da arrecadação do ICMS repartido “automaticamente pela instituição bancária, no ato do recebimento do pagamento do tributo pelo contribuinte” (fl. 6);

b) existência do perigo na demora, na medida em que “o cumprimento imediato da determinação judicial obrigará o Estado a conceder verdadeiro empréstimo aos municípios, pois se trata de receita não arrecadada pelo ente tributante, o que acarretará desestabilização das finanças da Fazenda Estadual” (fl. 17);

c) possibilidade de ocorrência do denominado efeito multiplicador, ante a existência de 293 (duzentos e noventa e três) municípios no Estado de Santa Catarina, “quase todos questionando a legalidade do Prodec e postulando o imediato recebimento de valores que nem sequer ingressaram nos cofres públicos estaduais” (fl. 17).

Ao final, requer a concessão de medida liminar para “suspender a eficácia do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina até final do julgamento do recurso extraordinário” (fls. 19-20).

2. Vislumbro, neste juízo preliminar, a existência dos requisitos necessários à concessão da medida liminar pleiteada.

Esta Corte, em casos análogos ao presente, tem reconhecido a plausibilidade jurídica da pretensão cautelar deduzida pelo requerente: AC n. 1.669-MC, rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ 4-6-2007; AC n. 1.687-MC/SC, rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 13-6-2007; AC n. 1.690-MC/SC, rel. Min. Eros Grau, DJ 15-6-2007; e AC n. 1.689-MC/SC, rel. Min. Celso de Mello, decisão de 29-6-2007.

Ademais, a Presidência desta Corte já se manifestou no sentido de que a transferência de recursos previstos no orçamento, mas não incorporados efetivamente ao erário, desestabiliza as finanças públicas, comprometendo a continuidade da atividade estatal. Nesse sentido foram as decisões proferidas nas Suspensões de Segurança n. 2.395/SC, 2.778/SC e 2.866/SC, rel. Min. Nelson Jobim, DJ 2-8-2004, DJ 8-9-2005 e DJ 24-2-2006; 2.235/SC e 2.353/SC, rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 21-10-2003 e DJ 19-4-2004.

3. Ante o exposto, defiro a liminar para sustar a eficácia do acórdão proferido pela 3ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, até o julgamento final do RE n. 534.822/SC.

Comunique-se.

Oportunamente, proceda a Secretaria à distribuição desta Medida Cautelar, por dependência, ao eminente Ministro Marco Aurélio, relator do Recurso Extraordinário n. 534.822/SC.

Publique-se.

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) –
Proponho o referendo da Turma à mencionada decisão.

QUESTÃO DE ORDEM EM AÇÃO CAUTELAR

Questão de Ordem em Ação Cautelar n. 1.689-4, de Santa Catarina

Relator: Ministro Celso de Mello

Requerente: Estado de Santa Catarina

Advogado: PGE-SC — Ricardo de Araújo Gama

Requerido: Município de Três Barras

Advogados: Paulo Ernani da Cunha Tatim e outro (A/S)

EMENTA

FUNDO DE PARTICIPAÇÃO DOS MUNICÍPIOS – REPARTIÇÃO CONSTITUCIONAL DAS RECEITAS TRIBUTÁRIAS — PARTICIPAÇÃO DOS MUNICÍPIOS NO PRODUTO DA ARRECADAÇÃO DO ICMS (CF, ART. 158, IV) — PRODEC (PROGRAMA DE DESENVOLVIMENTO DA EMPRESA CATARINENSE) — LEI CATARINENSE N. 11.345/2000 — CONCESSÃO, PELO ESTADO, DE INCENTIVOS FISCAIS E CREDITÍCIOS, COM RECURSOS ORIUNDOS DA ARRECADAÇÃO DO ICMS — PRETENSÃO DO MUNICÍPIO AO REPASSE INTEGRAL DA PARCELA DE 25% SEM AS RETENÇÕES PERTINENTES AOS FINANCIAMENTOS DO PRODEC — CONTROVÉRSIA EM TORNO DA DEFINIÇÃO DA LOCUÇÃO CONSTITUCIONAL — “PRODUTO DA ARRECADAÇÃO” (CF, ART. 158, IV) — PRETENDIDA DISTINÇÃO, QUE FAZ O ESTADO DE SANTA CATARINA, PARA EFEITO DA REPARTIÇÃO CONSTITUCIONAL DO ICMS, ENTRE ARRECADAÇÃO (CONCEITO CONTÁBIL) E PRODUTO DA ARRECADAÇÃO (CONCEITO FINANCEIRO) — PRESSUPOSTOS NECESSÁRIOS À CONCESSÃO DO PROVIMENTO CAUTELAR (RTJ 174/437-438) — CUMULATIVA OCORRÊNCIA, NO CASO, DOS REQUISITOS CONCERNENTES À PLAUSIBILIDADE

JURÍDICA E AO *PERICULUM IN MORA* — RECURSO EXTRAORDINÁRIO ADMITIDO — OUTORGA DE EFICÁCIA SUSPENSIVA — DECISÃO REFERENDADA PELA TURMA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, resolvendo questão de ordem, em referendar, integralmente, por seus próprios fundamentos, a decisão de fls. 85-88, nos termos do voto do Relator. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, os Senhores Ministros Cezar Peluso e Eros Grau.

Brasília, 7 de agosto de 2007.

Celso de Mello

Presidente e Relator

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO (Relator): Em sede de “medida cautelar” — e tendo em vista a cumulativa satisfação dos pressupostos referentes à plausibilidade jurídica e ao *periculum in mora* —, proferi decisão que possui o seguinte teor (fls. 85-88):

Trata-se de “medida cautelar” que busca atribuir efeito suspensivo ao recurso extraordinário, que, interposto pela parte ora requerente, insurge-se contra decisão que o eg. Tribunal de Justiça local proferiu nos autos da Apelação Cível n. 2005.040851-7.

Assinalo que o recurso extraordinário em questão sofreu juízo positivo de admissibilidade na origem, achando-se, presentemente, em fase de processamento perante o Supremo Tribunal Federal (RE 530.009/SC, rel. Min. CELSO DE MELLO).

A decisão emanada do eg. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, contra a qual foi deduzido o apelo extremo em questão, acha-se consubstanciada em acórdão assim ementado:

“APELAÇÃO CÍVEL — AÇÃO ORDINÁRIA — FUNDO DE PARTICIPAÇÃO DOS MUNICÍPIOS — PRODEC – INCENTIVOS FISCAIS — LEI ESTADUAL N. 11.345/00 – COMPROMETIMENTO DA PARCELA PERTENCENTE AO MUNICÍPIO — AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO DA FECAM.

“Sem prévia autorização da Federação Catarinense dos Municípios — Fecam ou da municipalidade diretamente interessada, não pode o Estado conceder incentivos fiscais em limite que comprometa a parcela da arrecadação do ICMS correspondente ao Fundo de Participação dos Municípios”.

Passo a apreciar o pedido formulado na presente sede processual.

Como se sabe, a outorga de efeito suspensivo ao recurso extraordinário reveste-se de excepcionalidade absoluta, especialmente em face do que dispõe o art. 542, § 2º, do CPC, na redação que lhe deu a Lei n. 8.950/94.

O Supremo Tribunal Federal, bem por isso, e atento ao caráter excepcional da medida cautelar cujo deferimento importe em concessão de eficácia suspensiva ao apelo extremo (RTJ 110/458 — RTJ 111/957 — RTJ 112/957, *u.g.*), somente tem admitido essa possibilidade processual, quando satisfeitas determinadas condições.

Com efeito, a concessão de medida cautelar, pelo Supremo Tribunal Federal, quando requerida na perspectiva de recurso extraordinário interposto pela parte interessada, supõe, para legitimar-se, a conjugação necessária dos seguintes requisitos: (a) que tenha sido instaurada a jurisdição cautelar do Supremo Tribunal Federal (existência de juízo positivo de admissibilidade do recurso extraordinário, consubstanciado em decisão proferida pelo Presidente do Tribunal de origem ou resultante do provimento do recurso de agravo); (b) que o recurso extraordinário interposto possua viabilidade processual, caracterizada, dentre outras, pelas notas da tempestividade, do prequestionamento explícito da matéria constitucional e da ocorrência de ofensa direta e imediata ao texto da Constituição; (c) que a postulação de direito material deduzida pela parte recorrente tenha plausibilidade jurídica; e (d) que se demonstre,

objetivamente, a ocorrência de situação configuradora do *periculum in mora* (RTJ 174/437-438, rel. Min. CELSO DE MELLO, *v.g.*).

Assentadas tais premissas, cabe verificar se a fundamentação jurídica em que se apóia a pretensão deduzida pela parte requerente atende, ou não, ao requisito da relevância.

Sob tal perspectiva, cumpre ter presente, neste ponto, não obstante a contestação oferecida pelo Município ora requerido (fls. 65-81), a existência de decisões, que, emanadas de eminentes Ministros desta Suprema Corte, versando análise de questão idêntica à de que ora se cuida, tornam plausível, em juízo de estrita delibação, a pretensão cautelar deduzida pela parte ora requerente (AC n. 1.669/SC, rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI — AC n. 1.687/SC, rel. Min. JOAQUIM BARBOSA — AC n. 1.690/SC, rel. Min. EROS GRAU).

A existência de tais decisões revela-se suficiente para conferir, em juízo de estrita delibação, plausibilidade jurídica à pretensão cautelar deduzida na presente sede processual.

Registre-se, finalmente, que a parte ora requerente justificou, de maneira inteiramente adequada, as razões que caracterizam a concreta ocorrência, na espécie, de situação configuradora do *periculum in mora* (fls. 38-41).

Desse modo — e considerando, ainda, que também concorrem, na espécie, os demais requisitos necessários à concessão do provimento cautelar requerido (RTJ 174/437-438, rel. Min. CELSO DE MELLO) —, defiro, *ad referendum* da colenda Segunda Turma desta Corte (RISTF, art. 21, V), até final julgamento do apelo extremo em questão, o pedido deduzido pela parte ora requerente, para sustar a eficácia do acórdão do eg. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina objeto do RE n. 530.009/SC.

2. Deixo de ordenar a citação da parte ora requerida (que espontaneamente já contestou a presente ação), pelo fato de a outorga da medida cautelar em referência — por se exaurir em si mesma — não depender do ulterior ajuizamento de qualquer ação cautelar, consoante tem enfatizado, em sucessivas decisões, o magistério jurisprudencial desta Suprema Corte (RTJ 167/51, rel. Min. MOREIRA ALVES — AC n. 175-QO/SP, rel. Min. CELSO DE MELLO — AC n. 1.109/SP, rel. p/o acórdão Min. CARLOS BRITTO — Pet. n. 1.158-AgR/SP, rel. Min. FRANCISCO REZEK — Pet. n. 1.256/

SP, rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE — Pet. n. 2.246-QO/SP, rel. Min. MOREIRA ALVES – Pet. n. 2.267/PR, rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE – Pet. 2.424/PR, rel. Min. ILMAR GALVÃO – Pet. n. 2.466-QO/PR, rel. Min. CELSO DE MELLO — Pet. n. 2.514/PR, rel. Min. CARLOS VELLOSO, *v.g.*):

“MEDIDA CAUTELAR INOMINADA E DESCABIMENTO DA CITAÇÃO.

“A outorga ou recusa de eficácia suspensiva a recurso extraordinário, em sede de medida cautelar inominada, constitui provimento jurisdicional que se exaure em si mesmo, não dependendo, por tal motivo, da ulterior efetivação do ato citatório, posto que incabível, em tal hipótese, o oferecimento de contestação, eis que a providência cautelar em referência não guarda — enquanto mero incidente peculiar ao julgamento do apelo extremo — qualquer vinculação com o litígio subjacente à causa.

“O procedimento cautelar, instaurado com o objetivo de conferir efeito suspensivo ao apelo extremo, rege-se, no Supremo Tribunal Federal, por norma especial, de índole processual (RISTF, art. 21, V), que, por haver sido recebida, pela nova Constituição da República, com força e eficácia de lei (RTJ 167/51), afasta a incidência — considerado o princípio da especialidade – das regras gerais constantes do Código de Processo Civil (art. 796 e seguintes) — Precedentes” (RTJ 181/960, rel. Min. CELSO DE MELLO).

3. A presente decisão deverá ser transmitida à Presidência do eg. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina (Ap. Cív. n. 2005.040851-7) e ao MM. Juiz de Direito da 2ª Vara da Fazenda Pública da comarca de Florianópolis/SC (Processo n. 023.03.374016-2).

4. Feito o lançamento desta decisão pela Secretaria, voltem-me os autos conclusos, para os fins a que se refere o art. 21, V, do RISTF, em 1º-8-2007.

Para os fins a que se refere o art. 21, V, do RISTF, submeto, em questão de ordem, ao referendo desta colenda Turma, o ato decisório em causa.

VOTO

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO (Relator): Referendo, integralmente, por seus próprios fundamentos, a decisão que proferi às fls. 85-88.

Vale registrar, neste ponto, por relevante, que a eminente Ministra ELLEN GRACIE, no período de férias forenses, deferiu provimento cautelar em contexto idêntico ao que se analisa na presente sede processual (AC n. 1.724-MC/SC, rel. Min. MARCO AURÉLIO).

A Secretaria do Supremo Tribunal Federal, após publicado o acórdão consubstanciador deste julgamento, deverá promover, em momento oportuno, a juntada de cópia do referido julgado aos autos do RE n. 530.009/SC.

Também os autos da presente ação cautelar deverão ser apensados, *oportuno tempore*, aos do RE n. 530.009/SC, cumprindo-se, desse modo, o que determina o art. 809 do CPC.

É o meu voto.

**SUPERIOR TRIBUNAL
DE JUSTIÇA**

CONFLITO DE COMPETÊNCIA

Conflito de Competência n. 87.748/SC (2007/0158691-2)

Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros

Autor: Fitafilm Comércio e Representações Ltda.

Advogados: César Condeixa Cabral e outro(s)

Réu: Cobra Equipamentos para Escritório – Importação e Exportação Ltda. e outro

Réu: Banco Itaú S.A.

Advogados: Nestor Lodetti e outro(s)

Réu: Banco Bradesco S.A.

Advogados: Milton Baccin e outro(s)

Suscitante: Quinta Turma de Recursos de Joinville/SC

Suscitado: Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina

EMENTA

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. TRIBUNAL DE JUSTIÇA E TURMA RECURSAL.

1. Compete ao Superior Tribunal de Justiça solucionar conflito de competência que envolva Tribunal de Justiça e Turma Recursal de Juizado Especial, inda que pertencentes, ambos, ao mesmo Estado da Federação.

2. Apelação interposta contra sentença emitida por Juiz de Direito, no exercício da jurisdição comum e desvinculado de Juizado Especial, deve ser julgada pelo Tribunal de Justiça a que se acha vinculado o juiz sentenciante.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEGUNDA SEÇÃO do Superior Tribunal de Justiça na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do Conflito de Competência e declarar competente o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, o suscitado, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Ari Pargendler, Fernando Gonçalves, Aldir Passarinho Junior, Hélio Quaglia Barbosa e Massami Uyeda votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 24 de outubro de 2007
Ministro Humberto Gomes de Barros
Relator

RELATÓRIO

MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS: Fitafilm Comércio e Representações Ltda. manejou ação ordinária declaratória de inexigibilidade de título cambial e cancelamento de protesto contra Cobra Equipamentos para Escritório Imp. e Exp. Ltda. Pediu, também, a citação dos bancos endossatários das duplicatas.

A demanda foi distribuída à 1ª Vara Cível de Joinville/SC.

Citados, apenas os bancos Itaú S.A. e Bradesco S.A. contestaram.

À fl. 47, consta certidão de conclusão não ao Juízo de Direito da 1ª Vara Cível, mas ao Juízo de Direito da Unidade de Justiça Intensiva (U.J.I.) de Joinville/SC.

Referido juízo emitiu sentença de procedência dos pedidos (fls. 55-60), condenando a ré e seus litisconsortes ao pagamento de honorários de 20% sobre o valor da causa.

Banco Itaú S.A. manejou apelação, pretendendo a reforma da sentença para que: a) fossem declarados improcedentes os pedidos; ou, b) afastada a condenação a honorários.

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina declarou-se incompetente para julgar o recurso, porque:

– "[...] os recursos originários das decisões prolatadas em ações que tramitam pelo rito do Juizado Especial devem ser apreciados pelas Turmas de Recursos respectivas [...]" (fl. 106); e

– "[...] o feito em visto tramita pelo rito do Juizado Especial, sendo, portanto, competente para apreciá-lo, em grau recursal, a Turma de Recursos pertinente [...]" (fl. 106).

Recebendo os autos, a 5ª Turma de Recursos de Joinville/SC também declarou-se incompetente, suscitando conflito pelas seguintes razões:

[...] O processo, em primeiro grau, transitou originariamente perante a 1ª Vara Cível, sendo, contudo, direcionado posteriormente à Unidade Judiciária Intensiva da Comarca de Joinville, onde veio a ser sentenciado.

[...]

Este Juizado não tem competência para apreciar esta ação que, à época da sua propositura foi valorada em R\$ 10.576,00 [...], o equivalente a 105,76 salários mínimos. Distante, portanto, do limite legal (art. 3º, I, da Lei n. 9.099/95).

[...] a sentença condenou a recorrente aos ônus sucumbenciais – que, aliás, animam o recurso – deixando claro que o magistrado sentenciante investiu-se, apropriadamente, da competência ordinária [...] (fl. 139).

Requisei informações dos Juízos e Tribunais envolvidos, que as prestaram à fl. 160 (Juiz de Direito da 1ª Vara Cível de Joinville/SC), 162-163 (5ª Turma de Recursos de Joinville-SC) e 166 (Tribunal de Justiça de Santa Catarina).

O Juiz de Direito informou que

[...] a ação [...], com originário trâmite neste juízo, restou encaminhada para a Unidade da Justiça Intensiva – U.J.I. Destaca-se que a referida unidade (U.J.I.) constituiu-se em solução de índole administrativa implementada nesta Comarca (atualmente não mais operando) e que teve o propósito de deslocar momentaneamente alguns feitos ao novo órgão julgador, visando ao processamento e julgamento sem, entretanto, configurar a perda de vínculo com o juízo de origem, é dizer, 1ª Vara Cível de Joinville/SC [...] (fl. 160).

Também a Turma de Recursos suscitante informou que "[...] o processo foi direcionado a uma das unidades de extensão (Unidade de Justiça Intensiva, à época criadas para descomprimir as varas cíveis comuns), e lá foi sentenciado [...]" (fl. 162).

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do e. Subprocurador-Geral da República, Washington Bolívar Júnior, opinou pela competência do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

VOTO

MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS (Relator): Não há obstáculo ao conhecimento deste conflito de competência. Temos precedentes a dizer que nos compete, efetivamente, solucionar conflitos que envolvam Tribunal de Justiça e Juizados Especiais (inda que sejam Turmas Recursais) pertencentes a um mesmo Estado da Federação.

Nesse sentido:

[...] Compete ao Superior Tribunal de Justiça dirimir conflito entre Turma Recursal de Juizado Especial e Tribunal de Justiça, porquanto as decisões da Turma Recursal não estão sujeitas à jurisdição dos Tribunais Estaduais. Inteligência do art. 105, I, *d*, da CF. Precedentes do STJ [...] (CC 85.947/Napoleão).

No caso específico destes autos, não posso deixar de registrar que confusão a respeito de um expediente administrativo local (a chamada

Vara de Jurisdição Intensiva) deveria ter solução igualmente local, sob pena de atrasar — como de fato ocorreu — a prestação jurisdicional e de sobrecarregar, ainda mais, o Superior Tribunal de Justiça.

De toda forma, é evidente a competência do Tribunal de Justiça catarinense.

A ação não tramitou por Juizado Especial. O rito, quiçá, pode ter sido o mesmo. Mas não era caso de competência de Juizado Especial.

O valor da causa, como demonstrado pela Turma de Recursos suscitante, alcançava, no momento da propositura da ação, mais de cem salários mínimos, enquanto o teto para os Juizados Especiais dos Estados é de apenas quarenta salários mínimos (art. 3º, I, Lei n. 9.099/95).

Além disso, ao emitir sentença, o juiz condenou os vencidos ao pagamento de honorários, o que evidencia não ter sido a demanda julgada por Juizado Especial, onde não há condenação, em primeiro grau, a verbas de sucumbência (arts. 54 e 55 da Lei n. 9.099/95).

Por fim, a autora da demanda é pessoa jurídica de direito privado. A teor do art. 8º, § 1º, da Lei n. 9.099/95, "[...] somente as pessoas físicas capazes serão admitidas a propor ação perante o Juizado Especial [...]".

A sentença foi emitida por juiz investido da jurisdição comum, não vinculado a Juizado Especial. A competência para julgar apelação manejada contra tal sentença é, portanto, do Tribunal a que está hierarquicamente vinculado o juiz. Nesse sentido: "[...] Sendo o recurso manifestado contra decisão proferida por Juiz de Direito no exercício de sua competência própria, é competente para conhecer do apelo o Tribunal de Justiça ao qual se acha vinculado o Magistrado [...]" (CC 30.092/Fischer).

Declaro competente o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, suscitado.

HABEAS CORPUS

***Habeas Corpus* 71.792/SC (2006/0268820-9)**

Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima

Impetrante: Thiago Turazzi Luciano

Impetrado: Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina

Paciente: Joel Cardoso Nicolau (preso)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CRIME HEDIONDO. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE TODO O § 1º DO ART. 2º DA LEI N. 8.072/90 PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. REGIME PRISIONAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. QUESTÕES NÃO APRECIADAS PELO TRIBUNAL *A QUO* POR ENTENDER QUE O *WRIT* NÃO É SUCEDÂNEO DO RECURSO DE APELAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. ORDEM CONCEDIDA.

1. No caso, o Tribunal *a quo* não conheceu do *habeas corpus* por entender que este não é sucedâneo de recurso de apelação.

2. Contudo, a questão deve ser apreciada pela Corte de origem, porquanto "a existência de recurso próprio ou de ação adequada à análise do pedido não obsta a apreciação das questões na via do *habeas corpus*, tendo em vista sua celeridade e a possibilidade de reconhecimento de flagrante ilegalidade no ato recorrido, sempre que se achar em jogo a liberdade do réu" (HC n. 60.082/SP, rel. Min. Gilson Dipp, DJ de 24-10-06).

3. Ordem concedida para determinar a remessa dos autos ao Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina para que aprecie o mérito do *writ*, como entender de direito.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da quinta turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conceder a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Felix Fischer e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.

Brasília (DF), 3 de abril de 2007.

Ministro Arnaldo Esteves Lima
Relator

RELATÓRIO

MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA: Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de Joel Cardoso Nicolau, condenado à pena de 3 (três) anos de reclusão, em regime integralmente fechado, pela prática do delito previsto no art. 12, *caput*, da Lei n. 6.368/76.

Insurge-se o impetrante contra acórdão proferido pela Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina que não conheceu da ordem impetrada (HC n. 2006.036779-5), nos termos da seguinte ementa (fl. 10):

HABEAS CORPUS. PLEITOS DE ALTERAÇÃO DO REGIME DE CUMPRIMENTO DA REPRIMENDA E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS.

MATÉRIA A SER ENFRENTADA NA SEARA PRÓPRIA, QUAL SEJA, NO RECURSO DE APELAÇÃO CRIMINAL.

Sustenta, em síntese, que, reconhecida a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90, é perfeitamente cabível a incidência da regra do art. 33, § 2º, *c*, do Código Penal, bem como a substituição da pena privativa de liberdade, nos termos do art. 44 do CP.

Requer, por esses motivos, a concessão da ordem para,

"confirmando a liminar, determinar que o Tribunal *a quo* conheça do pedido, a fim de que proceda, fundamentadamente, à análise dos requisitos legais exigidos pelo art. 33 e 44 do Código Penal para aplicação do regime inicial aberto e a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos" (fl. 8).

O pedido formulado em sede de cognição sumária foi por mim deferido "para suspender a execução da pena imposta ao paciente (Ação Penal n. 020.06.012073-8), determinando a expedição de alvará de soltura, se por outro motivo não estiver preso" (fls. 18-19).

O Ministério Público Federal, por meio de parecer exarado pelo Subprocurador-Geral da República Francisco Dias Teixeira, opinou pela denegação da ordem (fls. 24-33).

VOTO

O SR. MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA (Relator):

Consoante relatado, impetrado *habeas corpus* na origem, a Corte *a quo* não conheceu do remédio constitucional, por entender que este não é sucedâneo de recurso de apelação.

Ocorre que, como reiteradamente vem decidindo esta Corte Superior,

a existência de recurso próprio ou de ação adequada à análise do pedido não obsta a apreciação das questões na via do *habeas corpus*, tendo em

vista sua celeridade e a possibilidade de reconhecimento de flagrante ilegalidade no ato recorrido, sempre que se achar em jogo a liberdade do réu" (HC 60.082/SP, rel. Min. Gilson Dipp, DJ de 24-10-06).

No mesmo sentido: HC n. 23.089/RS, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, Quinta Turma, DJ de 11-11-02; HC n. 17.797/RJ, rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ de 4-2-02; HC n. 65.778/SP, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, DJ de 12-3-2007.

Dessa forma, deve o Tribunal *a quo* apreciar o *writ*, mormente se se considerar a plausibilidade das alegações do impetrante, diante da declaração de inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90, pelo Supremo Tribunal Federal.

Ante o exposto, concedo a ordem para determinar a remessa dos autos ao Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina para que aprecie o mérito do *writ*, como entender de direito.

É como voto.

RECURSOS ESPECIAIS

Recurso Especial n. 647.493/SC (2004/0032785-4)

Relator: Ministro João Otávio de Noronha

Recorrente: União

Recorrente: Companhia Siderúrgica Nacional – CSN

Advogados: Paulo Guilherme de Mendonça Lopes e outro(s)

Recorrentes: Companhia Carbonífera Urussanga e outros

Advogados: Paulo Ricardo da Rosa e outro(s)

Recorrente: Carbonífera Metropolitana S.A.

Advogados: Fábio Augusto Ronchi e outro(s)

Recorrente: Ministério Público Federal

Recorridos: os mesmos

Recorrido: Augusto Baptista Pereira – Espólio

Representado por: Helena Baptista Pereira Estrázulas – Inventariante

Advogados: Paulo Heerdts e outro(s)

Recorrida: Nova Próspera Mineração S.A.

Advogado: Fábio Augusto Ronchi

Recorridos: João Zanette e outros

Advogados: Paulo Ricardo da Rosa e outro

Recorrido: Estado de Santa Catarina

Procuradores: Ana Cláudia Alett Aguiar e outro(s)

Recorridos: Sebastião Netto Campos e outros

Advogados: Andréa Corrêa Goes e outro

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. POLUIÇÃO AMBIENTAL. EMPRESAS MINERADORAS. CARVÃO MINERAL. ESTADO DE SANTA CATARINA. REPARAÇÃO. RESPON-

SABILIDADE DO ESTADO POR OMISSÃO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA.

1. A responsabilidade civil do Estado por omissão é subjetiva, mesmo em se tratando de responsabilidade por dano ao meio ambiente, uma vez que a ilicitude no comportamento omissivo é aferida sob a perspectiva de que deveria o Estado ter agido conforme estabelece a lei.

2. A União tem o dever de fiscalizar as atividades concernentes à extração mineral, de forma que elas sejam equalizadas à conservação ambiental. Esta obrigatoriedade foi alçada à categoria constitucional, encontrando-se inscrita no artigo 225, §§ 1º, 2º e 3º da Carta Magna.

3. Condenada a União a reparação de danos ambientais, é certo que a sociedade mediatamente estará arcando com os custos de tal reparação, como se fora auto-indenização. Esse desiderato apresenta-se consentâneo com o princípio da equidade, uma vez que a atividade industrial responsável pela degradação ambiental – por gerar divisas para o país e contribuir com percentual significativo de geração de energia, como ocorre com a atividade extrativa mineral – a toda a sociedade beneficia.

4. Havendo mais de um causador de *um mesmo dano ambiental*, todos respondem solidariamente pela reparação, na forma do art. 942 do Código Civil. De outro lado, se *diversos forem os causadores da degradação ocorrida em diferentes locais*, ainda que contíguos, não há como atribuir-se a responsabilidade solidária adotando-se apenas o critério geográfico, por falta de nexo causal entre o dano ocorrido em um determinado lugar por atividade poluidora realizada em outro local.

5. A desconsideração da pessoa jurídica consiste na possibilidade de se ignorar a personalidade jurídica autônoma da entidade moral para chamar à responsabilidade seus sócios ou

administradores, quando utilizam-na com objetivos fraudulentos ou diversos daqueles para os quais foi constituída. Portanto, (I) na falta do elemento "abuso de direito"; (II) não se constituindo a personalização social obstáculo ao cumprimento da obrigação de reparação ambiental; e (III) nem comprovando-se que os sócios ou administradores têm maior poder de solvência que as sociedades, a aplicação da *disregard doctrine* não tem lugar e pode constituir, na última hipótese, obstáculo ao cumprimento da obrigação.

6. Segundo o que dispõe o art. 3º, IV, c/c o art. 14, § 1º, da Lei n. 6.938/81, os sócios administradores respondem pelo cumprimento da obrigação de reparação ambiental na qualidade de responsáveis em nome próprio. A responsabilidade será solidária com os entes administrados, na modalidade subsidiária.

7. A ação de reparação/recuperação ambiental é imprescritível.

8. Recursos de Companhia Siderúrgica Nacional, Carbonífera Criciúma S.A., Carbonífera Metropolitana S.A., Carbonífera Barro Branco S.A., Carbonífera Palermo Ltda., Ibramil -- Ibracoque Mineração Ltda. não conhecidos. Recurso da União provido em parte. Recursos de Coque Catarinense Ltda., Companhia Brasileira Carbonífera de Ararangua (Massa Falida), Companhia Carbonífera Catarinense, Companhia Carbonífera Urussanga providos em parte. Recurso do Ministério Público provido em parte.

ACÓRDÃO

Retificando a proclamação do resultado do julgamento proferido na sessão do dia 15-5-2007, os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça acordam, por unanimidade, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, dar parcial provimento aos recursos da União, do Ministério Público e das empresas Coque Catarinense Ltda., Companhia Brasileira Carbonífera de Araranguá (Massa Falida), Companhia Carboní-

fera Catarinense Companhia Carbonífera Urussanga, e não conhecer dos recursos da Companhia Siderúrgica Nacional e das empresas Carbonífera Criciúma S.A., Carbonífera Metropolitana S.A., Carbonífera Barro Branco S.A., Carbonífera Palermo Ltda. e Ibramil -- Ibracoque Mineração Ltda. Os Srs. Ministros Castro Meira, Humberto Martins, Herman Benjamin e Eliana Calmon votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro João Otávio de Noronha.

Brasília, 22 de maio de 2007.

Ministro João Otávio de Noronha,

Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA: O Ministério Público Federal ajuizou ação civil pública contra a União, Nova Próspera Mineração S.A. e outras companhias de extração de carvão, bem como seus sócios. A Companhia Siderúrgica Nacional (CSN) e o Estado de Santa Catarina passaram a compor o pólo passivo, quando já transcorriam os trâmites processuais.

Objetivou o autor a recuperação da região sul do Estado de Santa Catarina atingida pela poluição causada pelas empresas mineradoras, requerendo que elas elaborassem um cronograma de recuperação que pudesse ser implementado ao longo dos anos de 1996 até 2000.

Sucessivamente, requereu que fosse entregue montante de dinheiro que especificou na inicial, suficientes à efetivação de tal programa, indenização da população dos municípios sedes das mineradoras, total de sete, entre outras cominações pecuniárias.

A ação foi julgada parcialmente procedente, tendo sido os réus condenados a implementar, no prazo de 6 (seis) meses, projeto de recuperação da região nominada na inicial, com cronograma de execução para 3 (três) anos, com multa mensal de 1% sobre o valor da causa no caso de atraso; obrigação de as rés ajustarem suas condutas às normas protetivas do meio ambiente, no prazo de 60 (sessenta) dias, sob pena de interdição. Concedeu-se a antecipação dos efeitos da tutela, em decisão apartada da sentença, da qual vários réus recorreram.

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região não conheceu ou negou provimento a diversos agravos, deu parcial provimento às apelações das mineradoras, provimento total às apelações dos sócios das mineradoras e da Nova Próspera S.A. e negou provimento à apelação da União Federal.

O acórdão restou assim ementado:

ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MEIO AMBIENTE. MINERAÇÃO. DANOS CAUSADOS. INDENIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO POLUIDOR. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DA UNIÃO.

I – Inocorrência de cerceamento pelo indeferimento de prova, porquanto a responsabilidade do poluidor é objetiva, prescindindo de prova de culpa, constituindo-se o dano e o nexo causal fatos notórios conforme elementos comprobatórios encartadas nos autos do inquérito civil público.

II – Incidência do art. 1.518 do Código Civil que consagra a responsabilidade solidária dos causadores do dano. Possibilidade de regresso com fulcro no art. 1.524 do Código Civil.

III – A responsabilidade civil da União na espécie segue a doutrina da responsabilidade subjetiva, traduzida na omissão – “*faute du service*”. Hipótese em que provada a ineficiência do

serviço fiscalizatório. Responsabilidade solidária do ente estatal com o poluidor.

IV – Reconhecimento da improcedência da ação em relação ao Estado de Santa Catarina pois, anteriormente à Constituição Federal de 1988, a competência administrativa em relação às jazidas, minas e demais recursos minerais era privativa da União Federal, nos termos do artigo 168 da CF/67. A norma inserida na Lei n. 6.938/81 conferindo competência ambiental aos Estados-membros deve ser interpretada em consonância com a Constituição.

Hipótese em que restou comprovado que após 1988, o Estado de Santa Catarina, através da Fatma, teve intensa atuação em prol do meio ambiente.

V – Não estando consagrada expressamente na lei vigente à época dos fatos a teoria da desconsideração da personalidade jurídica independe de culpa dos sócios das empresas, a improcedência da ação em relação aos sócios é medida que se impõe em face da ausência de prova de culpa *lato sensu*.

VI – Improcedência da ação em relação à ré Nova Próspera S.A. pela aplicabilidade da Lei das Sociedades Anônimas que em seu artigo 233, parágrafo único, dispõe sobre a responsabilidade única do vencedor quando afastada a solidariedade através de contrato.

Foram opostos alguns embargos de declaração, os quais foram rejeitados, à exceção dos opostos pela União, que foram acolhidos em parte. No acórdão, consignou-se a seguinte ementa:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. CONTRADIÇÃO.

1. O acórdão enfrentou a questão da prescrição não havendo omissão. Para fins de prequestionamento, deve constar que o contido no artigo 1º do Decreto n. 29.910 não se aplica no caso de dano ambiental continuado.

2. O fato de o artigo 225, § 2º, determinar que a recuperação se fará de acordo com a solução técnica exigida pelo órgão público não é óbice para a fixação de prazo para recuperação da área degradada. Qualquer empeco ao início dos trabalhos pode ser resolvido na via própria.

3. Irresignação em relação ao resultado do julgamento deve ser veiculada pela via própria pois os embargos não se prestam para alterar o resultado do acórdão.

Embargos da União parcialmente providos. Demais improvidos.

Em impugnação aos acórdãos, foram interpostos os seguintes recursos:

a) União Federal – interpôs recursos especial e extraordinário, aquele com arrimo na alínea *a* do permissivo constitucional, sob a assertiva de que foram vulnerados o art. 1º do Decreto n. 20.910/32; 9º, X, *c/c* o art. 19 da Lei n. 7.805/89; 14, § 1º, da Lei n. 6.938/81; 47, X, do Decreto-Lei n. 227/67; e 333, II, do Código de Processo Civil. Ambos os recursos foram admitidos – fls. 3.245-3.246.

b) Companhia Siderúrgica Nacional (CSN) – interpôs recurso especial com base nas alíneas *a* e *c* do permissivo constitucional, sob o fundamento de que foram violados os artigos 10 da Lei n. 6.938/81, e 159 e 896 do Código Civil de 1916. Também aviou o recurso extraordinário, tendo ambos sido admitidos por decisão constantes de fls. 3.247-3.248.

c) Coque Catarinense Ltda., Carbonífera Criciúma S.A., Companhia Brasileira Carbonífera de Araranguá (Massa Falida), Companhia Carbonífera Catarinense, Companhia Carbonífera Urussanga, Carbonífera

Metropolitana S.A., Carbonífera Barro Branco S.A., Carbonífera Palermo Ltda., Ibramil -- Ibracoque Mineração Ltda. – interpuseram recursos especial e extraordinário; o especial com base nas alíneas *a* e *c* do permissivo constitucional, sustentando contrariedade aos artigos 14, § 1º, da Lei n. 6.938/81 e 19 da Lei n. 7.805/89.

d) Ministério Público Federal – interpôs recurso especial fundado na alínea *a* do permissivo constitucional, sustentando ofensa aos artigos 3º e 4º da Lei n. 9.605/98, recurso que foi admitido conforme decisão de fl. 3.251.

Os recursos foram admitidos conforme consignado nas decisões de fls. 3.249-3.250.

Os recursos foram contra-arrazoados pelo MPF.

Às fls. 3.266-3.270, o MPF opinou pelo provimento do recurso especial interposto por ele e pelo improvimento dos demais.

VOTO

O EXMO. MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA (Relator): Antes de passar à análise dos recursos especiais, importa ressaltar a delineação dos aspectos fáticos resolvidos e firmados nas instâncias originárias, que dão por incontestável a degradação ambiental na região abrangida por esta ação, e que, ademais, é conhecida nacionalmente, pois trata-se da poluição ocasionada no município de Criciúma e adjacências, no Estado de Santa Catarina, decorrente das atividades extrativas de carvão mineral.

Cito, a propósito, alguns excertos do acórdão (o qual valeu-se da sentença), que caracterizam a deterioração do meio ambiente verificada na região.

Leia-se a respeito o tópico “Quadra de Degradação Ambiental na Região”, consoante da sentença monocrática, *verbis*:

[...]

No caso específico da Bacia Carbonífera do Estado de Santa Catarina, a inadequada disposição de rejeitos sólidos e das águas efluentes da mineração e beneficiamento de carvão acarretou uma degradação ambiental tão severa que a região foi considerada, pelo Decreto n. 85.206, de 25 de setembro de 1980, a 14ª ÁREA CRÍTICA NACIONAL para efeito de Controle da Poluição e Qualidade Ambiental. Os principais problemas são os seguintes: comprometimento da malha hidrográfica da região em 2/3 (dois terços) de sua extensão; os valores de pH das águas dos rios atingem em certos trechos o nível de 2 a 3 unidades, com elevados teores de acidez e de sulfatos de ferro; grandes extensões de rede hidrográfica encontram-se assoreadas pela deposição de finos e ultrafinos de carvão e dos rejeitos de materiais xistosos e argilosos, com acentuada turbidez e concentrações de sólidos sedimentáveis, concorrendo para incrementar os efeitos de transbordamento verificados na região; prejuízos às atividades agropastoris; as zonas lacustres situadas a jusante das bacias hidrográficas têm sido atingidas por cargas poluentes insuportáveis à manutenção da vida aquática, com sérios prejuízos à indústria pesqueira e turística locais; degradação de extensas áreas rurais e urbanas devido à deposição de rejeitos sólidos em locais e sob forma inadequada.

A bacia do Rio Araranguá apresenta elevados níveis de comprometimento, causados principalmente por resíduos de extração do carvão, tendo suas águas elevada acidez, concentração de sulfato, fortes concentrações de ferro, níquel, cádmio e sólidos totais.

O Rio Mãe Luzia, cujo leito se estende justamente sobre a Bacia Carbonífera, nascendo em Siderópolis e desaguando no Oceano Atlântico, com o nome de Rio Araranguá, por ser o desaguadouro dos Rios Fiorita e Sangão, assim como estes, hoje, é um rio morto, ecossistema impróprio para a vida vegetal ou animal. É fato notório que o Rio Mãe Luzia deveria ser a fonte principal de abastecimento de água da região de Criciúma, todavia, a exploração do carvão com o lançamento indiscriminado de despejos em seu leito, o tornou impróprio para o abastecimento público (assim como para a irrigação, recreação ou pesca), em razão do alto teor de acidez, metais e sólidos suspensos em suas águas, inviabilizando por completo a captação que se fazia. Restou ao Poder Público utilizar as águas do Rio São Bento, por meio de uma derivação de 20 km de extensão.

O relatório aponta ainda o comprometimento, em razão da poluição ocasionada pelas mineradoras, de várias outras bacias hidrográficas e lençóis freáticos, sem contar o solo e vegetação na área, causando, ainda, nas áreas de concentração populacional, prejuízos à qualidade de vida e à saúde das comunidades.

Feitos esses relatos, singelos frente ao que se apurou de degradação, passo à análise dos recursos especiais.

a) RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO PELA UNIÃO

A União inicia seu arrazoado defendendo a aplicação do princípio da fungibilidade recursal, para a hipótese de que este Tribunal não conheça de seu recurso ao entendimento de que deveria ter aviado, na origem, embargos infringentes. Estende-se, assim, na defesa do cabimento deste recurso especial, trazendo à colação a regra do art. 530 do Código de Processo Civil.

Todavia, este cuidado da União quanto à admissibilidade de seu recurso não se justifica, porquanto a modificação da sentença de mérito pelo Tribunal *a quo* deu-se por unanimidade.

A União também buscou defender que não tem responsabilidade solidária com as empresas mineradoras à cominação imposta de recuperação do meio ambiente e indenizações conseqüentes. Aduz, principalmente, que a responsabilidade deve ser infligida apenas aos entes poluidores, ante o que estabelece o princípio do “poluidor-pagador”. Sustentou, ainda, que, se obrigada à reparação, na verdade estar-se-á compelindo a sociedade à auto-indenização.

A primeira questão que se coloca é afeta ao campo da responsabilidade civil do Estado por omissão, e, em casos tais, entendo, assim como grande parte da doutrina e jurisprudência, que a responsabilidade é subjetiva, uma vez que a ilicitude no comportamento omissivo é aferido sob a perspectiva de que deveria o Estado ter agido por imposição legal.

Com relação a esse fato (omissão ou não do ente público), encontra-se no acórdão recorrido a conclusão de que a União foi omissa no dever de fiscalização, permitindo às mineradoras o exercício de suas atividades extrativas sem nenhum controle ambiental. Confira-se (fls. 2.687-2.689):

Com efeito, a responsabilidade atribuída ao ente estatal no caso em exame diz com a ausência de medidas concretas por parte da União, tendentes, por seus agentes, a evitar a danosidade ambiental. Trata-se de caso típico de responsabilidade subjetiva, traduzida na omissão – *faute du service* – quando o poder público agiu mal, ou seja, pela ineficiência do serviço.

Na hipótese em exame a prova da ineficiência do serviço fiscalizatório decorre do próprio funcionamento das empresas mineradoras sem as salvaguardas ambientais, gerando danos ao meio ambiente quando assim não poderiam continuar operando. Impende salientar que o Ministério Público Federal não poderia fazer prova da ausência de fiscalização, pois estar-se-ia a exigir a realização de prova negativa. E, nessa hipótese, inverte-se o ônus da prova, cabendo ao fiscalizador a comprovação de sua efetiva atuação.

Porque omissa a União, esta responde solidariamente com o poluidor, [...].

[...] Embora comprove algumas fiscalizações após 1982 e exigência de projetos de recuperação ambiental, inexistem elementos comprobatórios de atuações, com multas e interdições, pelo descumprimento das normas ambientais em todo o período de degradação, ou seja, desde 1972 a 1989, de modo efetivo a impedir o dano ecológico.

A obrigação legal de administração, fiscalização e controle sobre as atividades extrativas minerais imposta à União encontra-se nas seguintes normas infraconstitucionais:

a) Decreto-Lei n. 227/67

Art. 1º Compete à União administrar os recursos minerais, a indústria de produção mineral e a distribuição, o comércio e o consumo de produtos minerais.

[...]

Art 3º Este Código regula:

[...]

III – a fiscalização pelo Governo Federal, da pesquisa, da lavra e de outros aspectos da indústria mineral.

[...]

Art. 47. Ficará obrigado o titular da concessão, além das condições gerais que constam deste Código, ainda, às seguintes, sob pena de sanções previstas no Capítulo V:

[...]

VIII – Responder pelos danos e prejuízos a terceiros, que resultarem, direta ou indiretamente, da lavra;

IX – Promover a segurança e a salubridade das habitações existentes no local;

X – Evitar o extravio das águas e drenar as que possam ocasionar danos e prejuízos aos vizinhos;

XI – Evitar poluição do ar, ou da água, que possa resultar dos trabalhos de mineração;

XII – Proteger e conservar as Fontes, bem como utilizar as águas segundo os preceitos técnicos quando a permitir a retomada das operações.

b) Lei n. 7.805/89:

Art. 3º A outorga da permissão de lavra garimpeira depende de prévio licenciamento ambiental concedido pelo órgão ambiental competente.

[...]

Art. 9º São deveres do permissionário de lavra garimpeira:

[...]

V – evitar o extravio das águas servidas, drenar e tratar as que possam ocasionar danos a terceiros;

VI – diligenciar no sentido de compatibilizar os trabalhos de lavra com a proteção do meio ambiente;

VII – adotar as providências exigidas pelo Poder Público;

[...]

§ 1º O não-cumprimento das obrigações referidas no caput deste artigo sujeita o infrator às sanções de advertência e multa, previstas nos incisos I e II do art. 63 do Decreto-Lei n. 227, de 28 de fevereiro de 1967, e de cancelamento da permissão.

[...]

§ 4º O disposto no § 1º deste artigo não exclui a aplicação das sanções estabelecidas na legislação ambiental.

[...]

Art. 15. Cabe ao Poder Público favorecer a organização da atividade garimpeira em cooperativas, devendo promover o controle, a segurança, a higiene, a proteção ao meio ambiente na área explorada e a prática de melhores processos de extração e tratamento.

[...]

Art. 18. Os trabalhos de pesquisa ou lavra que causarem danos ao meio ambiente são passíveis de suspensão temporária ou definitiva, de acordo com parecer do órgão ambiental competente.

Art. 19. O titular de autorização de pesquisa, de permissão de lavra garimpeira, de concessão de lavra, de licenciamento ou de manifesto de mina responde pelos danos causados ao meio ambiente.

Indiscutivelmente, a União tem o dever de fiscalizar as atividades concernentes à extração mineral, de forma que elas sejam ajustadas à conservação ambiental. Esta obrigatoriedade encontra-se insculpida no texto do artigo 225, §§ 1º, 2º e 3º, da Carta Magna.

Cumpre, então, observar que, se a lei impõe ao Poder Público o controle e fiscalização da atividade mineradora, possibilitando a aplicação de penalidades, não lhe compete optar por não fazê-lo, porquanto inexistente discricionariedade, mas obrigatoriedade de cumprimento de conduta impositiva.

A propósito, cito doutrina de Celso Antonio Bandeira de Mello:

Não bastará, então, para configurar-se responsabilidade estatal, a simples relação entre ausência do serviço (omissão estatal) e o dano sofrido. Com efeito: inexistindo obrigação legal de impedir um certo evento danoso (obrigação, de resto, só cogitável quando haja possibilidade de impedi-lo mediante atuação diligente), seria um verdadeiro absurdo imputar ao Estado responsabilidade por um dano que não causou, pois isto equivaleria a extrai-la do nada; significaria pretender instaurá-la prescindindo de qualquer fundamento racional ou jurídico. Cumpre que haja algo mais: a culpa por negligência, imprudência ou imperícia no serviço, ensejadoras do dano, ou então o dolo, intenção de omitir-se, quando era obrigatório para o Estado atuar e fazê-lo segundo um certo padrão de eficiência capaz de obstar ao evento lesivo. Em uma palavra: é necessário que o Estado haja incorrido em ilicitude, por não ter ocorrido para impedir o dano ou por haver sido insuficiente neste mister, em razão de comportamento inferior ao padrão legal exigível (sem destaque no original).

Assim, irrefutável o acórdão quanto à condenação da União. Todavia, há outro fator levantado pela União que merece análise mais detida, consubstanciado no argumento de que, sendo ela condenada à reparação de danos e uma vez compelida ao cumprimento da obrigação, na verdade, quem estará arcando com os custos da indenização será, em última análise, a população.

Em breve prefácio, observo que hodiernamente tem-se falado em “Governança ambiental”, mediante a qual o Poder Público passa a figurar como gestor dos bens ambientais, a fim de assegurar a existência e/ou manutenção de um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Para permitir ao Poder Público a desincumbência desse dever, a lei (art. 14, I a IV, da Lei n. 6.938/81 e art. 63 do Decreto n. 227/67) assegura a intervenção estatal, manifestada por diversos mecanismos que vão desde a prevenção, por meio de licenciamento e Estudo Prévio de Impacto Ambiental, até a suspensão das atividades, ou, em se tratando de atividade extrativa mineral, a caducidade da concessão da lavra. Daí a previsão relativa à responsabilidade civil estatal. Nas palavras de Paulo Affonso Leme Machado:

Para compelir, contudo, o Poder Público a ser prudente e cuidadoso no vigiar, orientar e ordenar a saúde ambiental nos casos em que haja prejuízo para as pessoas, para a propriedade ou para os recursos naturais mesmo com a observância dos padrões oficiais, o Poder Público deve responder solidariamente com o particular (*Direito ambiental brasileiro*. 12. ed. p. 332).

Portanto, sendo dever da União a fiscalização, preservação e restauração do "processo ecológico", nos termos do art. 225 da Constituição Federal, omitindo-se nesse mister, aqui consubstanciado no poder-dever-de-polícia ambiental, exsurge, de fato, a obrigação de indenizar.

Mais um ponto de análise se impõe antes de voltar à questão proposta pela União. O princípio poluidor-pagador – o qual enuncia que responde pelos custos da prevenção ou restauração aquele que pode causar ou efetivamente causa o dano ambiental – impõe também ao "utilizador do recurso" que suporte os custos da preservação ambiental, de forma a imputá-los não apenas ao sujeito que diretamente ocasionou a degradação ou se utilizou dos recursos naturais, mas também aos que por ela foram beneficiados (Paulo Affonso Leme Machado, obra citada, p. 53).

Essa não é a hipótese ideal, mas ocorre quando a empresa chamada à reparação ambiental dilui os custos de tal atividade nos preços de seus produtos, de forma que também o consumidor – que, em última análise, acaba por beneficiar-se do esgotamento dos recursos naturais – arque com os custos da degradação ambiental, mesmo que desconheça tal fato.

Após essa linha de raciocínio, volto à questão abordada pela União sobre a diluição dos custos da reparação com a sociedade, no caso de ver-se obrigada a suportar a referida reparação. Num primeiro momento, há de se pensar ter razão a União, pois o dano ambiental está localizado no sul do Estado de Santa Catarina, não havendo o restante da sociedade que arcar com a reparação. Todavia, a poluição de que ora se cuida foi causada pela extração de carvão mineral, cujo destino econômico beneficiou a

sociedade como um todo. Releva destacar, a seguir, informe extraído do site www.global21.com.br:

O uso do carvão mineral no Brasil se dá segundo duas classificações, o carvão vapor (energético) que é nacional e tem cerca 90% do seu uso na geração elétrica e o carvão metalúrgico, importado, que tem a característica de se expandir quando da combustão incompleta, produzindo o coque, este especialmente usado na indústria siderúrgica.

O carvão mineral manteve, em 2003, a participação de 6,5% na Matriz Energética Brasileira.

Assim, a diluição dos custos da reparação com a sociedade em geral, que se beneficiou com a produção das empresas poluidoras, apresenta-se consentânea com o princípio da equidade, até porque se trata de diluição indireta, efetivada via arrecadação tributária (o que já ocorre).

Portanto, nenhum reparo há de ser feito no acórdão quanto à questão.

Antes de encerrar este tópico, proponho uma consideração, baseada em uma das matizes de preocupação manifestadas pela União: se unicamente convocada ao cumprimento da obrigação, como ficam as sociedades empresárias, verdadeiramente poluidoras, em face do princípio de direito ambiental “poluidor-pagador”?

Nada obstante a solidariedade do Poder Público, o certo é que as sociedades mineradoras, responsáveis diretas pela degradação ambiental, devem, até por questão de justiça, arcar integralmente com os custos da recuperação ambiental. E o fazendo o Estado, em razão da cláusula de solidariedade, a ele há de ser permitido o ressarcimento total das quantias despendidas, uma vez que, embora tenha sido omissis, não logrou nenhum proveito com o evento danoso, este apenas beneficiou as empresas mineradoras.

Em face do dispositivo acima, entendo que a União não tem a faculdade de exigir dos outros devedores que solvam as quantias eventualmente por ela despendidas, mas, sim, *o dever*, pois há interesse público reclamando que o prejuízo ambiental seja ressarcido primeiro por aqueles que, exercendo atividade poluidora, devem responder pelo risco de sua ação, mormente quando auferiram lucro no negócio explorado.

Quanto à prescrição:

Com relação à prescrição, em se tratando de pretensão que visa à recuperação de meio ambiente degradado, é imprescritível o direito de ação coletiva. Nesse sentido, releva transcrever a doutrina de Hugo Nigro Mazzilli:

Tratando-se de direito fundamental, indisponível, comum a toda a humanidade, não se submete à prescrição, pois uma geração não pode impor às seguintes o eterno ônus de suportar a prática de comportamentos que podem destruir o próprio *habitat* do ser humano.

Também a atividade degradadora contínua não se sujeita à prescrição: a permanência da causação do dano também elide a prescrição, pois o dano da véspera é acrescido diuturnamente (*A defesa dos interesses difusos em juízo*. 17. ed. p. 515).

No presente caso, o Tribunal *a quo* manifestou entendimento de que o dano apontado pelo Ministério Público tem a característica de continuidade, fato que, inequivocamente, afasta a hipótese de fluência de quaisquer prazos prescricionais. Confira-se (fl. 2.686):

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que o dano ambiental não prescreve quando contínuo, conforme assim tem se orientado:

“CIVIL. PRESCRIÇÃO. VIOLAÇÃO CONTINUADA. INOCORRÊNCIA.

"A continuada violação do direito de propriedade dos recorridos por atos sucessivos de poluição praticados pela recorrente importa em que se conte o prazo prescricional do último ato praticado.

"Recurso não conhecido" (REsp. n. 20.645/SC, DJ 7-10-2002, relator Min. Barros Monteiro (1089). Relator para o acórdão Min. Cesar Asfor Rocha).

A União alega ainda em seu recurso cerceamento de defesa por não ter podido comprovar que efetivou as fiscalizações exigidas e que, ante esse fato, a condenação sob o fundamento de negligência no dever de fiscalizar apresenta-se insustentável.

O acórdão fundamentou-se na seguinte assertiva (fl. 2.689):

Embora comprove algumas fiscalizações após 1982 e exigência de projetos de recuperação ambiental, inexistem elementos comprobatórios de autuações, com multas e interdições, pelo descumprimento das normas ambientais, em todo o período de degradação, ou seja, desde 1972 a 1989, de modo efetivo a impedir o dano ecológico.

Com base nessa afirmação, constata-se que, mesmo que o Poder Público tivesse cumprido seu dever de fiscalização, ainda assim, verifica-se omissão consubstanciada na *faute du service*, tendo em vista que não teve nenhuma eficácia porque a União não se utilizou dos mecanismos coibitivos em lei e regulamentos previstos nas hipóteses de descumprimento de preceitos legais reguladores do meio ambiente. E isso é bem evidente, porquanto a ação poluidora não foi estancada.

Na linha desse raciocínio, merece destaque o precedente a seguir:

ADMINISTRATIVO. MEIO AMBIENTE. POLUIÇÃO. INDÚSTRIA DE SABONETES. MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA 7/STJ. PROVA DESNECESSÁRIA. QUESTÃO DE ORDEM.

1. Incabível o recurso especial para reexame de matéria fática.
2. Incumbe ao juiz indeferir diligências inúteis, quando existentes nos autos as provas suficientes ao deslinde da questão.
3. Inadmite-se o recurso especial quando não manifestado recurso extraordinário contra fundamento constitucional capaz de manter, por si só, o acórdão recorrido.

4. Recurso não conhecido (REsp. n. 14.651-SP; relator Ministro Peçanha Martins, DJ de 22-11-1993).

Registre-se que as providências que a União vem tomando dentro de sua seara não a eximem do seu dever de indenizar – como propôs – porquanto o objeto da presente ação cinge-se à poluição verificada em época pretérita, quando se observou a consolidação da degradação ambiental.

É certo que as medidas já implementadas na região, tanto pela União, como pelas empresas mineradoras, terão impacto naquilo que forem coincidentes, na fase de liquidação da presente ação, minimizando-lhes o ônus ora imposto.

Portanto, não há por que falar em violação do art. 333, II, do Código de Processo Civil.

Por fim, a análise dos relatórios apresentados nas razões do presente recurso mostra-se inviável em razão do disposto no enunciado da Súmula 7/STJ. Mas é bom saber que a Administração Pública ocupa-se em cumprir seu dever, mesmo que o faça tardiamente. Espera-se, agora, que venha a atuar com eficácia.

b) RECURSO DA COMPANHIA SIDERÚRGICA NACIONAL

Sustenta a recorrente vulneração dos arts. 10 da Lei n. 6.938/81 e 159 e 896 do Código Civil de 1916. Defende que o prazo estipulado no acórdão para execução do projeto de recuperação ambiental, de dez anos para as bacias hidrográficas e três para o solo e vegetação, pode não ser suficiente porque a implementação do projeto de recuperação depende de licença e aprovação por parte dos órgãos administrativos, devendo considerar-se a possibilidade de que tais órgãos não concedam as autorizações.

O artigo 10 da Lei n. 6.938/81 estabelece o seguinte:

Art. 10 -- A construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, con-

siderados efetiva ou potencialmente poluidores, bem como os capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, dependerão de prévio licenciamento por órgão estadual competente, integrante do Sisnama, sem prejuízo de outras licenças exigíveis.

Não vejo, nas razões expendidas pela recorrente, nenhuma abordagem concreta, mas apenas hipotética. Tanto a administração pode negar a autorização, como pode ocorrer outro evento qualquer, tal como chover durante três meses sem parar, obstando a fluência da execução do projeto. Seguindo a mesma linha de pensamento do acórdão recorrido, isso não constitui motivo para reforma da decisão.

O órgão público não tem por que não conceder as autorizações necessárias, exceto se o projeto não atender às normas e planos estabelecidos de política ambiental ou se contiver arranjo que seja ineficaz. Ademais, qualquer ineficiência na prestação de serviço público, que possa significar obstáculo ao cumprimento da recuperação aqui determinada, conta com vias legais próprias de solução.

Por fim, a norma constante do artigo 10, ora tratado, direciona-se mais especificamente à “construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais” do que propriamente a programas de recuperação ambiental.

A própria recorrente afirma, em seu recurso, que já “recuperou a quase totalidade da parte terrestre das áreas cuja recuperação ficaram sob sua responsabilidade” (fl. 2.994) e que só não concluiu o projeto justamente por falta da mencionada licença, o que leva a crer que, faltando tão pouco para o término dos trabalhos de recuperação, a concessão da licença não significará obstáculo ao cumprimento do prazo estabelecido.

Não fosse por isso, no acórdão dos embargos declaratórios restou expressamente consignado que, se for verificada demora na implementação do projeto em razão do atraso na concessão da licença (que tem de ser

injustificado), haverá justa causa para o retardo do início dos trabalhos. Confira-se o seguinte trecho (fl. 2.783-v.):

Ora, os órgãos públicos tem todo o interesse em que o ambiente seja recuperado. As empresas réis devem providenciar na recuperação. Caso o órgão ambiental fiscalizador demore para conceder a licença haverá justa causa para o retardo do início dos trabalhos. As empresas é que devem dar início aos trabalhos providenciando as licenças necessárias para tanto. O fato de o artigo 225 § 2º determinar que a recuperação se fará de acordo com a solução técnica exigida pelo órgão público competente não serve de óbice à recuperação.

Em outro tópico, a recorrente sustenta contrariedade aos arts. 159 e 896 do Código Civil de 1916, alegando que cada mineradora não foi responsável por todo o dano ambiental, mas apenas por parte dele, de forma que não procede a condenação que estipulou a responsabilidade solidária de todas elas. Pontua, então, que a condenação deveria ser proporcional.

Em que pesem as assertivas constantes nas razões do recurso, a questão não foi abordada no acórdão recorrido sob a égide dos artigos 159 e 896 do CC de 1916. No que se refere especificamente à questão da responsabilidade civil objetiva, o acórdão sustentou-se nos dispositivos do art. 47, XI, do Decreto-Lei n. 227/67 e do art. 14, § 1º, da Lei n. 6.938/81. Tal matéria não restou impugnada pela recorrente, incidindo, portanto, à espécie a Súmula 283 do STF.

Assim, não conheço do recurso quanto ao ponto. Nada obstante, essa questão também foi levantada no recurso interposto pelas mineradoras, e lá será analisado.

Também não conheço do recurso quanto à alegada violação do art. 159 do Código Civil, sustentada pela recorrente sob a assertiva de que os danos provocados pela empresa Nova Próspera S.A. são os mesmos que a CSN – sucessora daquela – não havendo como dissociá-los.

Ocorre que o acórdão julgou improcedente a ação em relação à Nova Próspera S.A. considerando que a CSN adquiriu aquela empresa quando os danos apontados na presente ação já haviam sido perpetrados, tendo a adquirente ficado responsável pela recuperação do passivo ambiental, conforme disposto em cláusula contratual.

Esse fundamento não foi impugnado, atraindo a incidência da Súmula 283 do STF.

Por fim, a recorrente suscita divergência jurisprudencial, apontando como paradigmas arestos deste Tribunal e do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Nesse ponto também o recurso não merece prosperar, visto que o acórdão recorrido possui suporte fático distinto dos arestos paradigmas.

No primeiro paradigma, Ap n. 6.393/2002, não foi possível estabelecer, sem a realização de perícia, se o vazamento de metais pesados na Bacia de Sepetiba provocou o desaparecimento do pescado na região, enquanto que o caso dos autos trata de imputação civil objetiva ambiental, não tendo havido quaisquer questionamentos sobre se a atividade mineradora poluiu ou não o meio ambiente, fato que restou incontroverso nos autos, reconhecido pelas empresas réis, ou seja, *in casu*, adotou-se a teoria do risco integral.

O segundo paradigma, REsp. n. 11.074/SP, refere-se à poluição atmosférica decorrente de atividades industriais na região de Cubatão (SP). As indústrias são diversas, sendo diversos também os poluentes despejados no ar, e muitos possuem características peculiares. *In casu*, todas as réis desenvolvem a mesma atividade, depositando os mesmos dejetos no meio ambiente.

c) RECURSO DAS MINERADORAS

As mineradoras abaixo indicadas aviaram, em conjunto, um recurso especial que está assentado nas alíneas *a* e *c* do permissivo constitucional, no qual se alegou contrariedade aos arts. 14, § 1º, da Lei n. 6.938/81 e 19 da Lei n. 7.805/89.

Todavia, o mencionado recurso não comporta conhecimento em relação às seguintes mineradoras: Carbonífera Criciúma S.A., Carbonífera Metropolitana S.A., Carbonífera Barro Branco S.A., Carbonífera Palermo Ltda., Ibramil -- Ibracoque Mineração Ltda., porquanto não há outorga de poderes de representação aos causídicos subscritores do recurso especial, Drs: Paulo Ricardo da Rosa, Paulo Roberto Fiani Bacila, Enir Antônio Carradore e Ed Wilson Biava Teixeira (os outros advogados indicados no recurso não o subscreveram).

Já quanto às carboníferas Coque Catarinense Ltda., Carbonífera Criciúma S.A., Companhia Brasileira Carbonífera de Araranguá (Massa Falida), Companhia Carbonífera Catarinense, Companhia Carbonífera Urussanga, Carbonífera Metropolitana S.A., Carbonífera Barro Branco S.A., Carbonífera Palermo Ltda., Ibramil – Ibracoque Mineração Ltda., o recurso merece conhecimento, até porque, prequestionada a matéria.

Insurgem-se as recorrentes contra a obrigação de reconstituir todo o meio ambiente degradado de forma solidária, ao fundamento de que cada mineradora poluiu apenas parte da área indicada na peça vestibular. Assim, pretendem que a responsabilidade do cumprimento obrigacional seja atribuída a cada empresa no que efetivamente houver sido por ela degradado.

Na sentença, houve oportunidade de se decidir sobre a questão, tendo o magistrado adotado a tese de que a poluição perpetrada é una, conforme demonstra o trecho a seguir transcrito:

Deixou-se antes assentado que a responsabilidade por dano ambiental é solidária, mas esta solidariedade encontra limites na configuração do dano e no correlato dever de indenizar. O dano causado ao ar, à terra e às águas da região carbonífera é um só, e afeta todo o ecossistema. Embora tenha-se aperfeiçoado ao longo do tempo, é uno, indivisível e tem como causa fundamental a mineração. Sabe-se que esta degradação ocorreu em razão direta da atividade minerária, mas não se sabe exatamente se foi esta ou aquela quem mais poluiu (fl. 1.555).

De fato, nessa ordem de raciocínio, está perfeitamente correta a aplicação da responsabilidade solidária, até porque prevista no art. 1.518 do Código Civil de 1916 e repetida no art. 942 do Código em vigor, com a seguinte redação:

Art. 942. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação.

Parágrafo único. São solidariamente responsáveis com os autores os co-autores e as pessoas designadas no art. 942.

Ocorre que a solidariedade decorre de haver mais de um causador de um mesmo dano. Em que pese tal fato, encontra-se inscrito na sentença o seguinte:

Assim, ainda que existam diversas frações de áreas degradadas em que é perfeitamente possível definir-se ou determinar-se que chegaram ao estágio atual em razão direta da mineração específica levada a efeito pela empresa X ou Y, tal como a extensão de solo de propriedade da respectiva mina, utilizada para mineração a céu aberto ou para depósito de rejeitos piritosos, a responsabilidade não deixa de ser solidária.

Aprofundando um pouco mais essa questão, observo que o Ministério Público ajuizou a ação contra vinte e seis pessoas, entre físicas e jurídicas de direito público e privado, ante a poluição perpetrada em sete municípios no Estado de Santa Catarina.

Assim é evidente que, num mesmo local de degradação ambiental, mais de uma mineradora foi responsável pela poluição, havendo entre elas, como afirmou-se na sentença, a responsabilidade solidária. Isso não quer dizer, todavia, que todas as mineradoras tenham poluído toda a área conjunta dos sete municípios.

Portanto, têm razão as mineradoras ao dizer que cada uma foi responsável pela degradação ambiental em partes específicas dos terrenos

indicados pelo autor da ação. Daí terem sustentado a negativa de vigência do art. 1.518 do CC de 1916.

Buscam, ainda, indicar, por esse mesmo motivo, vulneração das disposições do § 1º do art. 14 da Lei n. 6.938/81, sob alegação de que não existe nexo de causalidade entre a atividade poluidora de uma determinada mineradora, em local certo, com a poluição ocasionada em outra localidade. A esse respeito, encontra-se doutrina de Magda Montenegro (*Meio ambiente e responsabilidade civil*. p. 61), no seguinte sentido:

É preciso atentar para o fato de que, se é possível a responsabilização solidária dos co-poluidores por um dano ambiental, não se pode olvidar a necessidade de se estabelecer, em relação a cada um deles, os pressupostos do dever de indenizar. Assim, não é porque uma região está degradada e nela existem várias empresas que se poderá, baseando-se apenas no critério geográfico, imputar a todas a responsabilidade civil pela degradação do meio ambiente. Imprescindível será a descrição objetiva das respectivas condutas e em que medida influíram para a materialização do dano, além, é claro, da própria especificação deste, cuja reparação é pleiteada, ainda que de forma genérica.

Portanto, havendo mais de um causador de um mesmo dano, devem responder solidariamente pela reparação ambiental. Todavia, se diversos forem os poluidores, mesmo que a poluição seja idêntica, mas perpetrada em lugares distintos e independentes, não há como atribuir-se a responsabilidade solidária, ante a falta de nexo causal entre o dano verificado em um determinado local e o poluidor de outro local, ressalvadas, por óbvio, as hipóteses de dano uno e indivisível, como se dá, *v.g.*, na poluição dos recursos hídricos, subterrâneos e do ar.

Assim, conheço do recurso das mineradoras nessa parte e dou-lhe provimento para determinar o seguinte:

a) cada mineradora será responsável pela reparação ambiental da extensão de terras que houver efetivamente poluído, direta ou indiretamente;

b) permanece a responsabilidade solidária entre as mineradoras que houverem poluído, *ainda que de forma indireta*, uma mesma extensão de terra, independentemente de qual foi sua contribuição para a degradação dessa área. Não importa que uma empresa tenha poluído mais que outra, pois, se de alguma forma contribuiu para o dano numa mesma localidade, serão ambas solidariamente responsáveis pela reparação;

c) aplica-se o mesmo critério para a recuperação do subsolo;

d) essas modificações devem ser realizadas na fase de liquidação de sentença e apenas com relação ao dano verificado no solo e vegetação, pois *a poluição das bacias hidrográficas não foi objeto do recurso, permanecendo o que foi decidido no acórdão recorrido.*

O recurso também foi aviado com base na alínea *c* do permissivo constitucional, insurgindo-se as recorrentes quanto ao termo *a quo* para contagem dos prazos de 3 e 10 anos para recuperação das terras e bacias hidrográficas, respectivamente. Citam paradigma do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no qual fixou-se que o prazo deve ser contado a partir da aprovação do projeto de recuperação pela administração pública.

Todavia, no paradigma há uma peculiaridade que afasta a similitude entre os casos. Naquele, o projeto já havia sido apresentado às entidades administrativas, não tendo sido apreciado por responsabilidade exclusiva da administração. Na presente hipótese, não se tem notícia da apresentação do projeto ao Poder Público, e nem mesmo se chegou a ser apreciado.

Ademais, restou assegurada às recorrentes a justa causa no atraso quanto ao prazo, no caso de a autorização não ser concedida por culpa exclusiva da administração, fato que não foi vislumbrado no paradigma.

Portanto, com relação à alínea *c* do permissivo constitucional, o recurso não merece prosperar.

d) RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

O Ministério Público sustenta, em seu recurso, a aplicação da desconsideração da pessoa jurídica com relação às mineradoras, para que seus sócios administradores respondam pela reparação ambiental em regime de solidariedade com suas administradas. Em razão disso, sustentou vulneração dos artigos 3º e 4º da Lei n. 9.605/98.

O Tribunal *a quo* deu provimento às apelações interpostas pelas pessoas físicas e as excluiu da lide, sob o fundamento de que o limite temporal em que a lide restou delimitada, que vai de 1972 a 1989, não havia previsão legal acerca da desconsideração da personalidade jurídica.

Todavia, defende o recorrente que, não obstante a reparação referir-se à poluição perpetrada no passado, ela persiste e tem efeitos continuados.

Prequestionada a matéria, conheço do recurso.

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica nasceu no Direito Anglo-Saxão -- *Disregard of legal entity* --, disseminando-se por outros países. Aportou em nosso direito pelo eminente doutrinador Rubens Requião no final da década de 1950, e atualmente encontra sua *melhor* expressão no art. 50 do Código Civil, nos seguintes termos:

Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

Nelson Nery Júnior, em seu Código Civil Comentado, 3ª edição, p. 195, esclarece que a desconsideração da pessoa jurídica consiste na possibilidade de se ignorar a personalidade jurídica autônoma da entida-

de moral sempre que esta venha a ser utilizada para fins fraudulentos ou diversos daqueles para os quais foi constituída. Extrai-se desse conceito que esse instituto tem cabimento quando presentes (a) o abuso – cujo conceito encontra-se inscrito no art. 187 do mesmo Código; (b) o desvio de finalidade – verificada nas hipóteses em que se afasta do objeto social enquanto “atividade autorealizada” ou “causa do negócio” (Fábio Konder Comparato, RT 1976:292); e (c) confusão patrimonial entre os bens da sociedade e os dos sócios.

Antes do novo Código Civil, essa teoria encontrou disciplina nas leis trabalhistas, no Código de Defesa do Consumidor, na Lei n. 8.884/94 e na Lei n. 9.605/98, diplomas que, mais amplos, deram azo a duas teorias, uma chamada “teoria maior”, que adota o pressuposto entalhado no Código Civil, e a outra denominada “teoria menor”, segundo a qual a mera insuficiência patrimonial é bastante para a aplicação da teoria da despersonalização.

Todavia, não creio que essa “teoria menor” encontre fundamento em nosso direito. A doutrina do *Disregard of legal entity* nasceu, e ainda vive, com o intuito de afastar as limitações que a personificação da sociedade jurídica impõe quanto ao alcance dos bens dos sócios e/ou administradores que utilizam-na em desconformidade com o ordenamento jurídico e mediante fraude, vindo a enriquecerem em detrimento da sociedade.

Portanto, o elemento *abuso de direito* pressupõe e informa o instituto do *disregard doctrine*.

Sendo a separação patrimonial dos bens empresariais e dos sócios o fim da personalização da pessoa jurídica, na hipótese de se pretender superar essa separação, para atingir os bens particulares dos sócios que agiram com abuso de direito, haverá de se desconsiderar a personalização, retirando a sociedade da relação obrigacional, porquanto, se ela permanecer, estar-se-á *considerando-a*, e não o contrário. Assim, na hipótese em que

ambos – sócios e sociedades – respondam pela obrigação, haverá a figura da responsabilidade solidária ou subsidiária, conforme o caso, o que não se confunde com o *disregard doctrine*, embora cada qual seja um modo de responsabilização.

Em direito ambiental, a despersonalização da pessoa jurídica está prevista no art. 4º da Lei n. 9.605/98: “Art. 4º. Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente”.

No caso dos autos, não restou caracterizado o abuso da personalização societária em relação à poluição perpetrada no meio ambiente. Houve, sim, um grande descaso com o patrimônio público. A norma legal acima citada é bastante clara ao estabelecer que a despersonalização tem lugar quando a personalização da pessoa jurídica constituir obstáculo ao ressarcimento dos prejuízos ambientais. Assim, em que pese meu entendimento de que tal dispositivo tem de ser interpretado em consonância com os princípios informadores da teoria da desconsideração, *in casu*, sequer foi aventada a hipótese da existência de obstáculos à reparação buscada. Ao contrário, as informações trazidas pelas mineradoras, em suas peças recursais, dão conta de que os trabalhos de recuperação já foram iniciados.

Também, não vejo necessidade de chamar os sócios para responderem em detrimento da sociedade, porquanto o fim maior visado nesta ação é a restauração do patrimônio público lesado, e nem mesmo foi aventada a hipótese de que tais pessoas físicas possuam maior capacidade de solver a obrigação aqui imposta do que as empresas mineradoras.

Não se pode descuidar de que o fim maior da política ambiental é a manutenção do equilíbrio do meio ambiente, visando possibilitar às gerações atuais e futuras qualidade de vida adequada à existência humana saudável e digna.

Pois bem, *in casu*, existe uma ampla área ambiental seriamente comprometida que deve, primordialmente, ser recuperada. Considerando-se a responsabilidade das pessoas jurídicas e sócios na reparação a que estão jungidos, há de se relembra uma regra que é comum no direito societário, a de que os sócios respondem em nome próprio quando atuam com excesso de poder, infração à lei, fato ou ato ilícito, ou violação dos estatutos ou contrato social, falência, estado de insolvência e má-administração (BERTOLDI, Marcelo M., *Curso avançado de direito comercial*. v. 1, p. 166). Não por outro motivo, a Lei n. 9.605/98 ressalvou essa possibilidade em se tratando de crime ambiental, ao estabelecer no parágrafo único do art. 3º o seguinte:

Art. 3º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.

Parágrafo único. A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, co-autoras ou partícipes do mesmo fato (sem destaque no original).

Portanto, restou evidente que o legislador, ao estabelecer a responsabilidade criminal das pessoas jurídicas, deixou claro que ela não afeta a responsabilidade pessoal e direta das pessoas físicas ditas por autoras, co-autoras ou partícipes da degradação ambiental.

Isso deixa claro que os sócios/administradores podem responder pelo cumprimento da obrigação estabelecida nos presentes autos, na qualidade de responsáveis em nome próprio, porque poluidores, ainda que de suas atividades tenha havido uma contribuição indireta à degradação ambiental.

O art. 3º, IV, da Lei n. 6.938/81 impõe essa responsabilidade ao estabelecer que se entende por poluidor “a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por

atividade causadora da degradação ambiental”, associado ao que dispõe o art. 14, § 1º, da mesma lei, o qual sujeita o poluidor à reparação do dano que causou.

Apesar da previsão legal de que os sócios/administradores respondem pelo dano causado, a doutrina tem consagrado que tal responsabilidade é solidária com os entes administrados, fundando-se no art. 1.518 do Código Civil de 1916 (art. 942 do Código Civil/2002). Confira-se:

[...] É muito difícil identificar a vítima do dano ambiental. Também é difícil apurar o responsável pelo dano quando envolver várias indústrias ou pessoas.

Diante dessas dificuldades, adota-se, no direito ambiental, à semelhança do direito civil, o princípio da solidariedade passiva. Essa regra se aplica no direito ambiental com fundamento no art. 942 do Código Civil de 2002 (art. 1.518 do CC de 1916). Assim havendo mais de um causador do dano, todos responderão solidariamente (*As leis federais mais importantes de proteção ao meio ambiente comentadas*. Comentários de Luís Paulo Sirvinskas. p. 135).

Todavia, não obstante a responsabilidade solidária constituir regra sagrada nos casos de reparação ambiental, há de se aplicar o benefício de ordem em favor do sócio/administrador de forma que a execução contra esse ocorra apenas se o devedor principal – sociedade jurídica – não quitar sua obrigação.

De Plácido e Silva bem esclarece essa situação ao comentar o art. 897 do Código de Processo Civil, conforme o Decreto-Lei n. 1.608 de 1939, expondo o seguinte:

2.277 – CONCEITO DESSA SOLIDARIEDADE – No entanto, mesmo que autorize a Lei Processual, como é de regra emanada do princípio da própria solidariedade entre os sócios, a execução dos bens particulares dos sócios pelas dívidas contraídas pela sociedade, quando de natureza solidária, não se permitirá ou não será essa execução promovida *sem que primeiramente sejam executados os bens da sociedade*.

A obrigação dos sócios, derivada da solidariedade é de natureza acessória, como a do fiador. E, assim, somente subsidiariamente pode ser exigida.

Por isso, enquanto o patrimônio social suportar os encargos da execução, ele incidirá somente sobre os bens pertinentes a ele, não atingindo os bens dos sócios. Somente, eventualmente, se os bens ou haveres sociais não bastem para atender à execução, é que o exequente se dirigirá aos bens particulares dos sócios, para, por eles, se cobrir de seu crédito, apurado na sentença ou na liquidação (*Comentários ao código de processo civil*, 3. ed. v. 4, p. 1.712).

Na verdade, a responsabilidade dos sócios deve ser subsidiária, porque somente tem cabimento quando a sociedade não possui haveres suficientes ao cumprimento obrigacional de reparação ambiental. Assim, caberá aos sócios honrá-los com seus bens particulares.

A subsidiariedade constitui um reforço à responsabilidade principal. Até mesmo a origem do vocábulo, oriundo do latim *subsidiarius*, indica que vem em reforço ou apoio (Dicionário Michaelis Eletrônico).

No nosso direito pátrio, não há regra bem definida acerca da responsabilidade subsidiária, embora esteja retratada no artigo 1.024 do Código Civil, sob a seguinte norma: “os bens particulares dos sócios não podem ser executados por dívidas da sociedade, senão depois de executados os bens sociais”.

A responsabilidade subsidiária tem sido empregada largamente pela Justiça do Trabalho, estando expressa no enunciado da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho. Nessa especialidade do direito, tal responsabilidade nasceu para proteger os trabalhadores que se consideravam vilipendiados nos seus direitos laborais quando contratados por empresas intermediárias de mão-de-obra (terceirização). Em direito ambiental, serve à proteção do meio ambiente degradado pela má-utilização de seus recursos por uns, em detrimento do restante da sociedade, verdadeira titular do direito.

Naquela justiça especializada, o que se pretende é ressaltar os direitos dos trabalhadores, que servem à alimentação – em uma análise mais ampla: ressaltar o direito à vida. Em direito ambiental, o que se pretende também é o resguardo da vida humana, que não prescinde de um meio ambiente equilibrado.

Em ambos os ramos do direito, intenta-se proteger o maior bem existente: a vida. De forma que são responsabilizados aqueles que destroem os meios de realização desse direito. Na sucessividade – que exige o inadimplemento do devedor principal para, somente então, chamar os sócios/administradores – encontra-se maior garantia à reparação e ainda de forma mais equilibrada e justa, tendo em vista que primeiro respondem pela obrigação as sociedades, e, na falta dessas, os sócios/administradores, que efetivamente externam a vontade daquelas pessoas nos negócios jurídicos que realizam (Ofício-Circular n. 1.675, de 17-4-1995 – www.dgci.mim-financas.pt).

Assim, decido quanto ao recurso do Ministério Público:

1º) afasta-se a *disregard doctrine*, pois, *in casu*, apenas constituiria óbice ou retardo no cumprimento da obrigação;

2º) a responsabilidade atribuída aos sócios/administradores é em nome próprio, objetiva na forma dos artigos 3º, IV, c/c art. 14, § 1º, da Lei n. 6.938/81;

3º) os sócios/administradores são chamados a responder com os entes administrados, mas na modalidade subsidiária – arts. 942 e 1.024 do Código Civil.

Portanto, o provimento de recurso do Ministério Público é parcial.

e) DISPOSIÇÃO

Ante todo o exposto, conluo da seguinte forma:

1) conheço em parte do recurso especial interposto pela União, mas nego-lhe provimento;

2) não conheço do recurso especial interposto pela Companhia Siderúrgica Nacional;

3) não conheço do recurso especial interposto pelas seguintes sociedades: Carbonífera Criciúma S.A., Carbonífera Metropolitana S.A., Carbonífera Barro Branco S.A., Carbonífera Palermo Ltda., Ibramil-Ibracoque Mineração Ltda.;

4) conheço em parte do recurso especial interposto pelas demais mineradoras e dou-lhe provimento, nos termos constantes deste voto;

5) conheço do recurso especial interposto pelo Ministério Público e dou-lhe parcial provimento.

É como voto.

Recurso Especial n. 827.613/SC (2006/0055258-8)

Relator: Ministro José Delgado

Recorrentes: Telmo Luedtke e cônjuge

Advogados: André Luiz Arantes Scheidt e outro(s)

Recorrido: Departamento Estadual de Infra-Estrutura – Sucessão

Sucess. de: Departamento de Estradas de Rodagem de Santa Catarina – DER/SC

Procuradores: Marcial Trilha e outro(s)

EMENTA

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. EXAME DE APONTADA VIOLAÇÃO DE PRECEITO CONSTITUCIONAL. DESCABIMENTO. CONSTRUÇÃO DE RODOVIA. REALIZAÇÃO DE OBRA PÚBLICA. VALORIZAÇÃO GERAL DOS IMÓVEIS. ÁREA REMANESCENTE. DECRETO-LEI N. 3.365/41, ART. 26. IMPOSSIBILIDADE DE DEDUÇÃO DO VALOR DA INDENIZAÇÃO.

1. Cuida-se de recurso especial manejado por Telmo Luedtke e outro, com o fim de ver reconhecido direito à indenização em razão de desapropriação indireta realizada pelo Departamento de Estradas de Rodagem do Estado de Santa Catarina – DER/SC; argumenta, para tanto, que essa instituição pública tomou posse de uma área de 10.540m², em abril de 1994, e nela construiu a Rodovia SC 386, o que teria resultado em violação do direito de propriedade ante a inexistência de pagamento pela área do imóvel apossado.

2. Há que se reconhecer o direito postulado, porquanto a jurisprudência desta Corte Superior agasalha a tese de que os efeitos patrimoniais decorrentes de valorização de imóvel por obra pública merecem solução pela via fiscal adequada — contribuição de melhoria —, e é ilegal, de outro vértice, a dedução do valor

indenizatório da quantia que se entenda proveniente da referida valorização, que, na espécie, ocorreu de modo geral, alcançando todos os imóveis marginais à rodovia construída pelo Estado. Precedentes: REsp. n. 795.400/SC, rel. Luiz Fux, DJ 31-5-2007; REsp. n. 795.580/SC, rel. Min. Castro Meira, DJ 1º-2-2007; REsp. n. 793.300/SC, rela. Denise Arruda, DJ 31-8-2006; REsp. n. 439.878/RJ, rel. Min. Teori Albino Zavascki.

3. É vedado, em recurso especial, o exame de eventual ofensa a dispositivo constitucional.

4. Recurso especial parcialmente conhecido e provido para que, no particular, desconstituído o acórdão recorrido, não seja abatida do valor indenizatório atual do imóvel a quantia que se entendeu proveniente da valorização por realização de obra pública.

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, dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Luiz Fux, Teori Albino Zavascki e Denise Arruda votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 2 de outubro de 2007.

Ministro José Delgado

Relator

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JOSÉ DELGADO (Relator): Cuida-se de recurso especial fundado nas alíneas *a* e *c* do permissivo constitucional, interposto em sede de ação indenizatória por desapropriação indireta, manejado por Telmo Luedtke e outro, contra acórdão assim ementado (fl. 188):

ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. PRESCRIÇÃO. JUROS DE MORA. JUROS COMPENSATÓRIOS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

1. "A ação de desapropriação indireta prescreve em vinte anos' (Súmula 119 do STJ). O prazo prescricional tem início com o irregular apossamento pelo Poder expropriante" (AC n. 2005.010133-8, Des. Jaime Ramos).
2. O exaurimento da via administrativa não constitui pressuposto de admissibilidade da pretensão indenizatória por desapossamento administrativo de bem alheio.
3. "Nas ações de desapropriação, direta ou indireta, a valorização da área remanescente do imóvel em decorrência da obra pública deve ser considerada na determinação do *quantum* da indenização" (AC n. 2004.008896-5).

Verifica-se dos autos que os autores, na condição de proprietários de um imóvel de 64.629m², situado às margens da Rodovia SC 386, ajuizaram ação de indenização por desapropriação indireta em desfavor do Departamento de Estradas de Rodagem do Estado de Santa Catarina — DER/SC, sob o argumento de que essa instituição pública tomou posse de uma área de 10.540m², em abril de 1994, e nela construiu a referida Rodovia SC 386, o que teria resultado em violação do direito de propriedade ante a inexistência de pagamento pela área do imóvel apossado.

A sentença (fls. 118-126) excluiu do direito vindicado área do imóvel considerada "coincidente", sobre a qual já havia se operado a prescrição vintenária, e, desse modo, julgou o pedido parcialmente procedente, condenando o DER/SC ao pagamento de R\$ 347,61.

Apelaram as partes, havendo o Tribunal *a quo*, na forma do acórdão antes indicado, negado provimento aos recursos e ratificado a sentença, inclusive no que respeita ao abatimento de 30% do valor indenizatório, em razão da valorização proporcionada pela construção de rodovia.

Em recurso especial, Luedtke e outro alegam:

a) diversamente do afirmado no acórdão, a informação de possível valorização geral da área desapropriada remanescente não é necessária para a solução do feito;

b) ainda que a área desapropriada fosse objeto de valoração, não poderia tal importância pecuniária ser excluída do *quantum* indenizatório;

c) há violação do art. 5º, XXIV, da Constituição Federal e do art. 26 do Decreto-Lei n. 3.365, este último, assim redigido: “Art. 26 — No valor da indenização que será contemporâneo da avaliação não se incluirão direitos de terceiros contra o expropriado.”;

d) há divergência jurisprudencial com o REsp. n. 439.878/RJ, DJ 5-4-2004, rel. Min. Teori Albino Zavascki, assim ementado:

ADMINISTRATIVO – DESAPROPRIAÇÃO – JUSTA INDENIZAÇÃO – VALORIZAÇÃO POSTERIOR À IMISSÃO NA POSSE.

– A indenização só é justa, se bastar para que o expropriado adquira bem da vida correspondente àquele que lhe foi subtraído.

– No caso de desapropriação de um lote de terreno, a indenização será justa, na medida em que o expropriado possa adquirir, na mesma região, lote em igual situação àquela do terreno perdido. Se a valorização resultou de benefícios operados pelo Poder expropriante, tudo se resolve com a cobrança de contribuição de melhoria, jamais com o pagamento do preço injusto.

e) Pede-se o provimento do pedido para se declarar a desnecessidade de informação quanto à valorização geral do imóvel (decorrente de benfei-

torias públicas) e, também, a vedação de abatimento da valorização geral da área, remanescente do esbulho, do valor indenizatório.

Sem contra-razões, o recurso foi admitido (fls. 217-218).

O Ministério Público Federal (fls. 223-228) opina pelo provimento do pedido, para reconhecer o direito indenizatório e a aplicação de juros compensatórios e moratórios.

VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ DELGADO (RELATOR): Cuida-se de recurso especial manejado por Telmo Luedtke e outro, com o fim de ver reconhecido direito à indenização em razão de desapropriação indireta realizada pelo Departamento de Estradas de Rodagem do Estado de Santa Catarina — DER/SC; argumenta, para tanto, que essa instituição pública tomou posse de uma área de 10.540m², em abril de 1994, e nela construiu a Rodovia SC 386, o que teria resultado em violação do direito de propriedade ante a inexistência de pagamento pela área do imóvel apossado.

Como se constata, o cerne da controvérsia apresentada em recurso especial pertine, tão-somente, à possibilidade legal, ou impossibilidade, de que se retire do valor do bem expropriado a importância referente à valorização resultante da obra pública realizada pelo próprio DER/SC.

Nesse sentido, há que se reconhecer o direito postulado, porquanto a jurisprudência desta Corte Superior agasalha a tese de que os efeitos patrimoniais decorrentes de valorização de imóvel por obra pública merecem solução pela via fiscal adequada – contribuição de melhoria –, e é ilegal, de outro vértice, a dedução do valor indenizatório da quantia que se entende proveniente da referida valorização.

Nesse sentido, entre outros, os precedentes:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. ANÁLISE DE EVENTUAL INFRAÇÃO DE PRECEITOS CONSTITUCIONAIS. IMPOSSIBILIDADE. CONSTRUÇÃO DE RODOVIA. OBRA PÚBLICA DE VALORIZAÇÃO GERAL. ÁREA REMANESCENTE. DECRETO-LEI N. 3.365/41. IMPOSSIBILIDADE DE DEDUÇÃO DO VALOR DA INDENIZAÇÃO.

1. Os artigos 15-A, 26 e 34 do Decreto-Lei n. 3.365/41, assim dispõem, *verbis*:

"Art. 15-A. No caso de imissão prévia na posse, na desapropriação por necessidade ou utilidade pública e interesse social, inclusive para fins de reforma agrária, havendo divergência entre o preço ofertado em juízo e o valor do bem, fixado na sentença, expressos em termos reais, incidirão juros compensatórios de até seis por cento ao ano sobre o valor da diferença eventualmente apurada, a contar da imissão na posse, vedado o cálculo de juros compostos.

[...]

Art. 26. No valor da indenização que será contemporâneo da avaliação não se incluirão direitos de terceiros contra o expropriado.

[...]

Art. 34. O levantamento do preço será deferido mediante prova de propriedade, de quitação de dívidas fiscais que recaiam sobre o bem expropriado, e publicação de editais, com o prazo de 10 (dez) dias, para conhecimento de terceiros".

2. Engendrando a exegese dos referidos dispositivos, o STJ concluiu que "a superveniente valorização da área desapropriada indiretamente, resultante de obra pública, não é compensável para reduzir o montante devido ao expropriado, visto que a mais-valia deve ser exigida, se for o caso, no âmbito tributário, por meio de contribuição de melhoria, estendida a todos os beneficiários da obra". Precedentes: REsp. n. 793.300/SC, DJ de 31-8-2006; REsp. n. 439.878/RJ, DJ de 5-4-2004; REsp. n. 50.554/SP, DJ de 12-9-1994; REsp. n. 9.127/PR, DJ de 20-5-1991.

3. É assente na Corte que: *No caso, a área remanescente não desapropriada valorizou em decorrência da construção de rodovia estadual. A valorização experimentada pelo imóvel não é especial, mas genérica, atingindo em*

patamares semelhantes todos os imóveis lindeiros à via pública construída. Assim, a mais valia deve ser cobrada por meio do instrumento legal próprio, que é a contribuição de melhoria, sendo indevido o abatimento proporcional do justo preço a ser pago pela desapropriação (REsp. n. 795580/SC, rel. Min. Castro Meira, DJ. 1º-2-2007).

4. O Tribunal *a quo* em contrariedade ao entendimento da Corte concluiu que: *Nas ações de desapropriação indireta, o perito deve fixar, sob pena de nulidade, o montante correspondente à valorização da área remanescente do imóvel expropriado. Se ele cumpre a incumbência e o juiz, apesar disso, não leva em conta essa valorização ao prolatar a sentença, cabe a redução do valor da indenização, com base nos elementos que defluem da prova técnica.*

5. Na espécie, conforme apurado no laudo pericial, a construção da rodovia importou na valorização de 20% das terras localizadas em sua extensão, sem a possibilidade de individualizar os referidos benefícios.

6. A ofensa a princípios e preceitos da Carta Magna não é passível da apreciação em sede de recurso especial.

7. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido (REsp. n. 795.400/SC, rel. Luiz Fux, DJ 31-5-2007).

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. CONSTRUÇÃO DE RODOVIA. VALORIZAÇÃO DA ÁREA REMANESCENTE. ABATIMENTO. ART. 27 DO DECRETO-LEI 3.365/41. INTERPRETAÇÃO.

1. Não é o recurso especial meio adequado para se examinar alegada contrariedade a dispositivo da Constituição, sob pena de ser usurpada competência reservada à Suprema Corte, nos termos do art. 102, III, da CF/88.

2. Não se conhece do apelo quando não prequestionado na origem o dispositivo de lei indicado como malferido. Incidência da Súmula 211/STJ.

3. Na desapropriação, direta ou indireta, quando há valorização da área remanescente não desapropriada em decorrência de obra ou serviço público, dispõe o Estado de três instrumentos legais para evitar que a

mais-valia, decorrente da iniciativa estatal, locuplete sem justa causa o patrimônio de um ou de poucos: a desapropriação por zona ou extensiva, a cobrança de contribuição de melhoria e o abatimento proporcional, na indenização a ser paga, da valorização trazida ao imóvel.

4. A valorização imobiliária decorrente da obra ou serviço público pode ser geral, quando beneficia indistintamente um grupo considerável de administrados, ou especial, que ocorre quando o benefício se restringe a um ou alguns particulares identificados ou, pelo menos, identificáveis.

5. A mais-valia geral subdivide-se em ordinária e extraordinária. A primeira tem lugar quando todos os imóveis lindeiros à obra pública se valorizam em proporção semelhante. A segunda, diferentemente, toma parte quando algum ou alguns imóveis se valorizam mais que outros, atingidos pela mais-valia ordinária.

6. Na hipótese de valorização geral ordinária, dispõe o Poder Público da contribuição de melhoria como instrumento legal apto a "diluir", entre os proprietários beneficiados com a obra, o custo de sua realização.

7. No caso de valorização geral extraordinária, pode o Estado valer-se da desapropriação por zona ou extensiva, prevista no art. 4º do Decreto-Lei n. 3.365/41. Havendo valorização exorbitante de uma área, pode o Estado incluí-la no plano de desapropriação e, com a revenda futura dos imóveis ali abrangidos, socializar o benefício a toda coletividade, evitando que apenas um ou alguns proprietários venham a ser beneficiados com a extraordinária mais-valia.

8. Por fim, tratando-se de valorização específica, e somente nessa hipótese, poderá o Estado abater, do valor a ser indenizado, a valorização experimentada pela área remanescente, não desapropriada, nos termos do art. 27 do Decreto-Lei n. 3.365/41.

9. No caso, a área remanescente não desapropriada valorizou em decorrência da construção de rodovia estadual. A valorização experimentada pelo imóvel não é especial, mas genérica, atingindo em patamares semelhantes todos os imóveis lindeiros à via pública construída. Assim, a mais-valia deve ser cobrada por meio do instrumento legal próprio, que é a contribuição de melhoria, sendo indevido o abatimento proporcional do justo preço a ser pago pela desapropriação.

10. Recurso especial conhecido em parte e provido (REsp. n. 795.580/SC, rel. Min. Castro Meira, DJ 1º-2-2007).

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. ANÁLISE DE EVENTUAL INFRINGÊNCIA DE PRECEITOS CONSTITUCIONAIS. IMPOSSIBILIDADE. ALEGADA VIOLAÇÃO DO ART. 26 DO DECRETO-LEI N. 3.365/41. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. VALORIZAÇÃO DA ÁREA REMANESCENTE. IMPOSSIBILIDADE DE DEDUÇÃO DO VALOR DA INDENIZAÇÃO.

1. Acórdão recorrido que anulou a sentença de primeiro grau de jurisdição, para que se levasse em conta, na fixação da indenização devida, a valorização da área remanescente do imóvel indiretamente expropriado.

2. É inviável a análise de suposta infringência de preceito constitucional em sede de recurso especial.

3. A ausência de prequestionamento dos dispositivos legais cuja violação foi apontada atrai o óbice das Súmulas 282 e 356/STF.

4. Na linha de entendimento desta Corte, a valorização da área remanescente do imóvel indiretamente expropriado, resultante da construção de uma rodovia à sua margem, não pode ser considerada para reduzir o valor devido a título de indenização.

5. A questão relativa à eventual valorização da área remanescente, se for o caso, deve ser resolvida no âmbito tributário, mediante a imposição de contribuição de melhoria estendida a todos os beneficiários da obra.

6. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido (REsp. n. 793.300/SC, Rel. Denise Arruda, DJ 31-8-2006).

ADMINISTRATIVO – DESAPROPRIAÇÃO – JUSTA INDENIZAÇÃO – VALORIZAÇÃO POSTERIOR À IMISSÃO NA POSSE.

– A indenização só é justa, se bastar para que o expropriado adquira bem da vida correspondente àquele que lhe foi subtraído.

– No caso de desapropriação de um lote de terreno, a indenização será justa, na medida em que o expropriado possa adquirir, na mesma região, lote em igual situação àquela do terreno perdido. Se a valorização resultou de benefícios operados pelo Poder expropriante, tudo se resolve com a cobrança de contribuição de melhoria, jamais com o pagamento do preço injusto (REsp. n. 439.878/RJ, rel. Min. Teori Albino Zavascki).

Contudo, no que toca à apontada violação de dispositivo constitucional, a irresignação não merece ser conhecida ante a incompetência desta Corte para o feito.

Pelo exposto, conheço em parte do recurso especial e dou provimento ao pedido nele formulado, para que, no particular, desconstituído o acórdão recorrido, não seja deduzida do valor indenizatório atual do imóvel a quantia que se entendeu proveniente da valorização por realização de obra pública.

É o voto.

**TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DE SANTA CATARINA**

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2006.027427-0, da Capital

Relator: Des. Jorge Mussi

ILEGITIMIDADE ATIVA *AD CAUSAM* – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE PROPOSTA PELO COORDENADOR-GERAL DO CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE (CECCON) – ATRIBUIÇÃO CONFERIDA POR DELEGAÇÃO PELO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA A MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE SEGUNDO GRAU – POSSIBILIDADE – INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 125 DA CF, 85, III, DA CE, 93 DA LOMPSC E 29 DA LOMP – PRELIMINAR REJEITADA.

É inadmissível acolher-se preliminar de ilegitimidade ativa *ad causam* de membro do Ministério Público de segundo grau, designado como Coordenador-Geral do Centro de Apoio Operacional do Controle de Constitucionalidade, ao qual foi atribuída por delegação do Procurador-Geral de Justiça, com arrimo nas Constituições Federal e Estadual, a função de propor ação direta de inconstitucionalidade.

LEI ESTADUAL N. 13.641/2005 – NORMA QUE ESTABELECE ATRIBUIÇÃO A REPRESENTANTE DO ÓRGÃO MINISTERIAL, DECORRENTE DA PARTICIPAÇÃO NO CONSELHO ESTADUAL DE ENTORPECENTES – VÍCIO

DE INICIATIVA E OFENSA AO PRINCÍPIO DA INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL – AFRONTA AOS ARTS. 94 E 97 DA CE – INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL E MATERIAL EVIDENCIADA – PRECEDENTES DESTE TRIBUNAL – PEDIDO PROCEDENTE.

É inconstitucional, por vício de iniciativa e ofensa ao princípio da independência funcional, legislação oriunda do Poder Executivo, cujos preceitos impõem a participação de membro do Ministério Público em Conselho Estadual, bem como lhe atribui funções estranhas às constitucionalmente estabelecidas e/ou delegadas pelo Procurador-Geral de Justiça.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2006.027427-0, da comarca da Capital, em que é requerente o Coordenador-Geral do Centro de Apoio Operacional do Controle de Constitucionalidade – Ceccon, e requeridos o Governador do Estado de Santa Catarina e o Presidente da Assembléia Legislativa do Estado de Santa Catarina:

ACORDAM, em Tribunal Pleno, por maioria de votos, afastar a preliminar de ilegitimidade ativa *ad causam* e, por unanimidade, julgar procedente o pedido, para declarar inconstitucional a alínea *g* do inciso I e o § 5º, primeira parte, do art. 6º da Lei Estadual n. 13.641, de 27 de dezembro de 2005. Custas na forma da lei.

1 – Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Exmo. Sr. Dr. Gilberto Callado, Coordenador-Geral do Centro de Apoio Operacional do Controle de Constitucionalidade – Ceccon, designado pelo Procurador-Geral de Justiça, contra o disposto na alínea *g* do inciso I e no § 5º, primeira parte, do art. 6º da Lei Estadual n. 13.641, de 27 de dezembro de 2005, que instituiu o “Sistema de Prevenção, Fiscalização,

Recuperação e Repressão de Entorpecentes, o Conselho Estadual de Entorpecentes e o Fundo Especial Antidrogas”.

Aduzindo a competência deste Tribunal para apreciar o pleito, o requerente alegou a inconstitucionalidade: a) formal dos respectivos preceitos, ante o vício de iniciativa, em desrespeito ao contido no § 5º do art. 128 da Carta Política Federal e no art. 97 da Constituição deste Estado, pois a legislação atacada não obedeceu a processo específico e qualificado de elaboração; e b) material, porque ao estabelecer a composição do referido Conselho impôs a participação de um membro do Ministério Público, indicado pelo Procurador-Geral de Justiça, atribuindo-lhe, inclusive, funções estranhas e atípicas às consignadas pelas Constituições Federal e Estadual, assim como de seu Estatuto, pelo que interferiu, portanto, na independência funcional da Instituição.

Argüiu que aludida lei obriga o afastamento de membro do Ministério Público das suas funções precípua e destacou que a convocação legal é inócua, porque já existe a função ministerial de fiscalizar os organismos fundacionais públicos.

Aventou a caracterização do *periculum in mora*, pelo ônus funcional irrogado, com gravame de difícil reparação, e do *fumus boni juris*, diante do vício do instrumento normativo e da matéria regulada, para a concessão da medida cautelar, com fulcro nos arts. 10 da Lei Estadual n. 12.069/2001, 102, inciso I, da Constituição Federal e 10 da Lei Federal n. 9.869/99, a fim de que sejam suspensos os efeitos dos dispositivos objurgados até o julgamento final da presente ação, com a declaração definitiva de inconstitucionalidade em face dos arts. 93, 94 e 97 da Constituição Estadual.

Instruí o pedido com cópia da Portaria n. 715/2004 e da Lei n. 13.641/2005 (fls. 11-18), e foram prestadas informações pelos requeridos.

O Exmo. Sr. Presidente e o Procurador da Assembléia Legislativa do Estado de Santa Catarina argüiram, em preliminar, a ilegitimidade *ad cau-*

sam do requerente, sob o fundamento de que apenas o Procurador-Geral de Justiça pode figurar no pólo ativo da presente ação. No mérito, aventaram que o art. 50 da Constituição Estadual alicerça a iniciativa do Chefe do Poder Executivo para propor à Casa Legislativa projetos de lei referentes à matéria em comento e acrescentaram que a norma impugnada não traz funções novas e estranhas à instituição do Ministério Público. Ilustraram as informações com a citação de outras leis análogas e pleitearam a não-concessão do pedido liminar, ao argumento de que não se caracteriza, no caso, o perigo da demora e a fumaça do bom direito, porquanto aquele Órgão já tem atribuição de fiscalizar. Por fim, pugnaram pela improcedência da ação e juntaram os documentos de fl. 41 *usque* 93.

De igual modo, o Exmo. Sr. Governador, à época, e o Procurador-Geral do Estado ventilaram a ilegitimidade do requerente para propor a presente ação, com a conseqüente extinção do feito, *ex vi* do disposto nos arts. 3º e 267, inciso VI, do Código de Processo Civil, assim como a ausência dos requisitos necessários para a concessão da medida cautelar. Quanto à matéria de fundo, requereram o julgamento improcedente do pedido, ao fundamento de que a função estabelecida na legislação acoi-mada de inconstitucional não é estranha ao Ministério Público, apenas regulamenta o funcionamento do Conselho Estadual de Entorpecentes, além de não ser obrigatória a sua participação, e cabe ao Procurador-Geral de Justiça indicar um representante.

O *Parquet ad quem* opinou pela concessão da medida cautelar nos termos do pedido inicial.

É o relatório.

2 – Inicialmente, considerando-se a data em que a presente ação direta de inconstitucionalidade foi proposta e verificado que todas as autoridades interessadas defenderam a norma atacada, nos termos do art. 12 da Lei n. 12.069/2001, é possível a submissão do feito, que se encontra

pronto para julgamento, à apreciação definitiva por este Tribunal Pleno, uma vez que desnecessária a análise do pleito cautelar.

Assim, passa-se, a princípio, ao exame da preliminar de ilegitimidade ativa *ad causam* argüida pelos requeridos.

O art. 125 da Constituição Federal, no seu § 2º, dispõe que “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”.

A Carta Estadual, no seu art. 85, inciso III, preceitua que o Procurador-Geral de Justiça é parte legítima “para propor a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou municipal contestado em face da Constituição”.

Por outro lado, as Leis Orgânicas do Ministério Público de Santa Catarina e Nacional estabelecem como atribuição do Chefe da Instituição “delegar a membro do Ministério Público suas funções de órgão de execução” (inciso XVI do art. 93 e inciso IX do art. 29, respectivamente).

Na hipótese em apreço, cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade deflagrada por Procurador de Justiça designado como Coordenador-Geral do Centro de Apoio Operacional do Controle de Constitucionalidade – Cecon, ao qual foi delegada, pela Portaria n. 715/2004, da lavra do Chefe daquele Órgão, dentre outras, a atribuição de “propor ação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou municipal contestados em face de Constituição Estadual, podendo atuar em todas as suas fases” (fl. 11), ou seja, consoante albergado pelos dispositivos constitucionais e estatutos mencionados.

Esse, aliás, é o entendimento assente neste Tribunal Pleno. Leia-se caso idêntico:

1. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – CONTROLE CONCENTRADO – PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE ATIVA *AD CAUSAM* DO CECCON – INOCORRÊNCIA – DELEGAÇÃO DE FUNÇÃO DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA A MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE SEGUNDO GRAU – POSSIBILIDADE – EXEGESE DO ART. 125 DA CF; ART. 85, INC. III, DA CE; ART. 93 DA LOMPSC E ART. 29 DA LOMP.

Além das atribuições previstas nas Constituições Federal e Estadual, compete ao Procurador-Geral de Justiça delegar a membro do Ministério Público de segundo grau suas funções de órgão de execução, dentre elas a de ajuizar Ação Direta de Inconstitucionalidade (Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2005.007821-1, da Capital, rel. Des. Mazoni Ferreira, j. em 17-5-2006).

Também, nessa direção, veja-se:

Inicialmente, conforme vem decidindo este egrégio Tribunal de Justiça (ADIn n. 2002.009850-2, da Capital, rel. Des. Eládio Torret Rocha, j. 16-6-2004; ADIn n. 2003.004451-5, da Capital, rel. Des. Cláudio Barreto Dutra, j. 18-6-2003), não se têm dúvidas quanto à legitimidade do Promotor de Justiça para o ajuizamento de ação declaratória de inconstitucionalidade, sobretudo porque, na hipótese, a petição inicial vem também subscrita pelo Coordenador-Geral do Centro de Controle de Constitucionalidade – Cecccon (Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2003.015994-0, de Imbituba, rel. Des. Luiz Carlos Freyesleben, j. em 20-4-2005).

Desse modo, não merece acolhida a prefacial de ilegitimidade ativa *ad causam* do Coordenador requerente para propor a respectiva ação, uma vez que agiu por expressa delegação do Procurador-Geral de Justiça, que, por sua vez, possui amparo legal para tanto.

3 – Com relação ao mérito, observa-se que a pretensão do Ministério Público é ver declaradas inconstitucionais, em face do enunciado nos arts. 93, 94 e 97 da Carta Política Estadual, partes do dispositivo da Lei Ordinária Estadual n. 13.641, de 27 de dezembro de 2005, de iniciativa do Poder Executivo.

Aludida legislação, que instituiu o Sistema de Prevenção, Fiscalização, Recuperação e Repressão de Entorpecentes, o Conselho Estadual de Entorpecentes e o Fundo Especial Antidrogas, na alínea *g* do inciso I e § 5º, primeira parte, do art. 6º, determina, por indicação do Procurador-Geral de Justiça, a participação de um membro do Ministério Público na composição do citado Conselho, e lhe atribui, por consequência, diversas funções, isto é, além de conter vício de iniciativa, viola a independência funcional daquele Órgão. Veja-se:

Art. 6º O Conselho Estadual de Entorpecentes é constituído por vinte e dois membros titulares e igual número de suplentes, representantes paritários de órgãos governamentais e entidades não-governamentais, com mandato de três anos, permitida a recondução, com a seguinte composição:

I – entidades governamentais:

[...].

g) um representante do Ministério Público Estadual.

[...]

§ 5º O conselheiro representante do Ministério Público será indicado pelo Procurador-Geral de Justiça [...].

E, no artigo anterior, enumera as diversas atribuições. Leia-se:

I – participar da formulação, aprovar e controlar a Política Estadual Antidrogas e a articulação das ações governamentais e não-governamentais no âmbito do Estado;

II – zelar pelo fiel cumprimento das disposições contidas nas Constituições Federal e Estadual e nas normativas internacionais ratificadas pelo Congresso Nacional voltadas à prevenção, à fiscalização, à recuperação e à repressão de entorpecentes;

III – incentivar e apoiar a realização de eventos, estudos e pesquisas no campo do uso abusivo de drogas lícitas e ilícitas, e na repressão e prevenção ao tráfico;

IV – estimular, incentivar e promover a atualização permanente de servidores das instituições governamentais e não-governamentais

envolvidas no combate, prevenção, tratamento, recuperação e controle de consumo e oferta de substâncias causadoras de dependência química;

V – elaborar planos, supervisionar e fiscalizar atividades relacionadas à prevenção ao uso de drogas lícitas e ilícitas;

VI – orientar sobre tratamento e reinserção social das pessoas usuárias ou dependentes de substâncias causadoras de dependência física e ou psíquica;

VII – colaborar com os Poderes Executivo e Legislativo estadual no estabelecimento das dotações orçamentárias necessárias à realização das políticas públicas destinadas à prevenção, ao tratamento, à recuperação, à reinserção social e ao combate ao tráfico de entorpecentes;

VIII – definir a política de captação, a administração, o controle e aplicação dos recursos financeiros que venham a constituir o Fundo Especial Antidrogas, acompanhando e fiscalizando sua execução;

IX – deliberar sobre a aplicação dos recursos do Fundo Especial Antidrogas, destinados às entidades públicas e privadas, que deverão ser empregados exclusivamente em programas, projetos e atividades de prevenção, tratamento, recuperação, reinserção social e combate ao tráfico de entorpecentes;

X – manter intercâmbio com conselhos similares das diversas esferas de poder e com conselhos e organismos nacionais e internacionais que tenham atuação na prevenção, tratamento, recuperação, reinserção social e combate ao tráfico de substâncias psicoativas;

XI – exercer outras funções em consonância com os objetivos da Política Nacional Antidrogas; e

XII – aprovar e alterar o seu regimento interno, com *quorum* de dois terços de seus membros, o qual deverá ser homologado pelo Chefe do Poder Executivo e publicado no Diário Oficial do Estado.

Ora, a Constituição do Estado, no art. 94, preceitua como princípio institucional do Ministério Público a sua independência funcional. No art. 97 reprisa o contexto do § 5º do art. 128 da Carta Política Federal, dispondo que:

Lei complementar, cuja iniciativa é facultada ao Procurador-Geral de Justiça, disporá sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público junto ao Poder Judiciário, observado o disposto nos §§ 1º e 4º do art. 129 da Constituição Federal.

Assim, a despeito da hombridade do conteúdo inserto na legislação atacada e a sua relevância e não obstante envolver matéria afeta aos direitos sociais (art. 6º da CF), não restam dúvidas de que se caracterizou o vício formal de iniciativa, bem como material pela invasão da independência funcional daquele Órgão, como reiteradamente, embora haja entendimentos contrários, vem decidindo esta Corte de Justiça. Veja-se:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI ORDINÁRIA DE INICIATIVA DA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA QUE ATRIBUI NOVA FUNÇÃO ORGÂNICA AO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL – PARTICIPAÇÃO NO CONSELHO ESTADUAL DE POPULAÇÕES AFRODESCENDENTES – RESERVA DE LEI COMPLEMENTAR DE INICIATIVA DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA – AFRONTA AO ARTIGO 97 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE SANTA CATARINA – INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL EVIDENCIADA – ATRIBUIÇÕES DE CONSELHEIRO CONSUBSTANCIADAS NO AUXÍLIO AO PODER EXECUTIVO E NA ELABORAÇÃO DE PARECERES EXPRESSAMENTE VEDADOS NO TEXTO CONSTITUCIONAL ESTADUAL – DETERMINAÇÃO DAS ATIVIDADES PRIORITÁRIAS DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTABELECIDAS PELO CONSELHO E NÃO PELO CHEFE DA INSTITUIÇÃO – VIOLAÇÃO À INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL E AOS ARTIGOS 94 E 95 DA CARTA ESTADUAL – INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL RECONHECIDA (Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2001.016117-6, da Capital, rel. Des. Marcus Tulio Sartorato, j. em 16-3-2006).

No mesmo rumo, cita-se:

Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei Complementar Estadual n. 281/05. Participação obrigatória de membro do Ministério Público em comissão criada para fiscalizar o “cumprimento dos critérios para a concessão, obtenção e manutenção” de bolsas de estudo e

de pesquisa (art. 4º, III). Ofensa ao princípio da independência funcional (art. 94, CESC). Inconstitucionalidade. Pedido procedente (Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2005.010999-4, da Capital, rel. Des. Maurílio Moreira Leite, j. em 17-8-2005).

E, nesse sentido:

MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI ESTADUAL QUE ESTABELECE ATRIBUIÇÃO AO MINISTÉRIO PÚBLICO, COM APARENTE VÍCIO DE INICIATIVA E COM MENOS CABO À SUA INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL. CONFRONTO COM O ART. 97 DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. *FUMUS BONIS JURIS* E *PERICULUM IN MORA* PRESENTES. DEFERIMENTO DA CAUTELA (Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2003.030301-4, da Capital, rel. Des. Cesar Abreu, j. em 27-9-2004).

Do corpo do v. acórdão, extrai-se o seguinte ensinamento:

Permite, pois, que se estipule ao Ministério Público nos Estados, por lei local, atribuições outras que não as previstas em Lei Federal, contemplando novas áreas de atuação institucional, desde que não represente, a toda evidência, menoscabo à autonomia e à independência que possui, também garantias constitucionais.

A iniciativa da lei complementar, assim, embora concorrente, não o é quando diminui ou amesquinha a autonomia e a independência que reservou a Constituição Federal ao Ministério Público, colocando-o como que fora da órbita do próprio Poder Executivo.

Não guardando, como não guarda, vínculo de subordinação com o Executivo, que, portanto, não pode interferir, direta ou indiretamente, no exercício de seus misteres, não se vê como possa a lei, de iniciativa desse mesmo Executivo, atribuir-lhe, como ocorre *in casu*, a incumbência menor, como se servidor *stricto sensu* fosse – e não agente político que é [...].

Consoante bem destacado pela doutrina “Aos Procuradores-Gerais de Justiça de cada Estado-membro faculta-se com exclusividade a iniciativa para lei complementar que estabelecerá a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público (CF, art. 128, §

5º)” (MORAES, A. de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 1.552).

Na hipótese, as funções veiculadas na legislação objurgada fogem das suas atribuições e não fazem parte do rol enumerado no art. 129 da Carta Magna, e sequer são oriundas de edição de lei complementar de iniciativa do Chefe do Ministério Público, conforme determina o § 5º do seu art. 128 e o art. 97 da Constituição Estadual.

Além disso, conforme preleciona Hugo Nigro Mazzilli, a independência funcional do Ministério Público “não pode ser vista como mera abstração legal ou ficção jurídica, mas sim como condição prática para exercício de suas próprias funções num Estado democrático” (RT 729/388).

Mencionado doutrinador assinala que

os membros do Ministério Público (promotores e procuradores de justiça, ou procuradores da República) e os órgãos do Ministério Público (tanto os órgãos individuais quanto os órgãos colegiados, como o Conselho Superior ou Colégio de Procuradores), no exercício da atividade-fim, só estão adstritos ao cumprimento da Constituição e das leis; não estão obrigados a observar portarias, instruções, ordens de serviço ou quaisquer comandos, nem mesmo dos órgãos superiores da administração, no que diga respeito ao que devam ou não fazer. Aqui estamos a referir-nos à plena liberdade no exercício da atividade-fim (se, p. ex., é caso de dar ou não denúncia, se é de pedir condenação ou absolvição, ou de recorrer ou não): nesse ponto, é irrestrita a liberdade funcional. Entretanto, na atividade-meio, devem os membros do Ministério Público seguir os avisos, instruções e regulamentos das autoridades administrativas competentes da própria instituição (se, p. ex., é caso de comunicarem o ajuizamento de alguns tipos de ações ou se devem fazer relatórios do movimento de feitos ou atendimento ao público pela Promotoria) (*Regime jurídico do Ministério Público*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 252).

Nesse passo, não poderia o Chefe do Poder Executivo, por lei ordinária de sua iniciativa, atentar contra a independência funcional do Minis-

tério Público, com a imposição da sua participação no referido Conselho e a determinação de obrigações e outorga de atribuições não contidas na Constituição Estadual e/ou seu Estatuto, razão pela qual se tem como inconstitucional a alínea *g* do inciso I e o § 5º, primeira parte, do art. 6º da Lei n. 13.641, de 27 de janeiro de 2005.

4 – Diante do exposto, afasta-se a preliminar de ilegitimidade ativa *ad causam* e julga-se procedente o pedido, para declarar inconstitucional a alínea *g* do inciso I e o § 5º, primeira parte, do art. 6º da Lei Estadual n. 13.641, de 27 de dezembro de 2005.

O julgamento, realizado no dia 10 de setembro de 2007, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Eládio Torret Rocha, e dele participaram, com votos vencidos quanto à preliminar, os Exmos. Srs. Des. Francisco Oliveira Filho, Amaral e Silva, Newton Trisotto, Nelson Schaefer Martins, José Volpato de Souza, Monteiro Rocha, Marcus Tulio Sartorato, Cesar Abreu e Ricardo Fontes, e com votos vencedores quanto ao mérito, os Exmos. Srs. Des. Carlos Prudêncio, Orli Rodrigues, Cláudio Barreto Dutra, Sérgio Paladino, Mazoni Ferreira, Luiz César Medeiros, Vanderlei Romer, Eládio Torret Rocha, Wilson Augusto do Nascimento, Sérgio Roberto Baasch Luz, Fernando Carioni, Torres Marques, Luiz Carlos Freyesleben, Rui Fortes, Gastaldi Buzzi, Salete Silva Sommariva, Salim Schead dos Santos, Alcides Aguiar. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Gilberto Callado de Oliveira.

Florianópolis, 12 de setembro de 2007.

Jorge Mussi
RELATOR

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Francisco Oliveira Filho

EMENTA ADITIVA

CONTROLE CONCENTRADO – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – ILEGITIMIDADE ATIVA *AD CAUSAM* DO PROCURADOR DE JUSTIÇA TITULAR DO CECCON – ROL DE LEGITIMADOS ATIVOS AUTORIZADOS NA MAGNA CARTA – PRECEITO INSUSCETÍVEL DE ALTERAÇÃO NA CARTA POLÍTICA DOS ENTES FEDERADOS OU POR LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL – VOTO VENCIDO RECONHECENDO A CARÊNCIA DE AÇÃO.

“I – Os legitimados para propor argüição de descumprimento de preceito fundamental se encontram definidos, em *numerus clausus*, no art. 103 da Constituição da República, nos termos do disposto no art. 2º, I, da Lei n. 9.882/99. II – Impossibilidade de ampliação do rol exaustivo inscrito na Constituição Federal. III – Idoneidade da decisão de não-conhecimento da ADPF (Ag. Reg. na Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 75-1/SP – Ministro Ricardo Lewandowski). Trata-se, na espécie, de veredicto prolatado em 3 de maio de 2006, que confirma decisão monocrática da Exma. Sra. Ministra Ellen Gracie.

Mutatis mutandis, na ação direta de inconstitucionalidade, incide esse precedente, porque a legitimidade ativa conferida constitucionalmente não pode ser modificada por Constituição do ente federado ou por meio de lei infraconstitucional. A taxatividade não comporta ampliação.

Registra a certidão de julgamento que ousei dissentir do respeitável voto majoritário por entender que há ilegitimidade ativa *ad causam* do Exmo. Sr. Coordenador-Geral do Ceccon, o qual subscreve a inicial. Não

obstante o inciso VII do art. 85 da Carta Política catarinense autorizar o *Parquet* de primeiro grau a invocar a jurisdição constitucional no egrégio Tribunal de Justiça, enquanto o Ceccon é Coordenadoria interna da Procuradoria-Geral, a realidade é que no Ag. Reg. na Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 75-1, do Estado de São Paulo, o Exmo. Sr. Ministro Ricardo Lewandowski foi categórico:

I – Os legitimados para propor argüição de descumprimento de preceito fundamental se encontram definidos, em *numerus clausus*, no art. 103, da Constituição da República, nos termos do disposto no art. 2º, I, da Lei n. 9.882/99. II – Impossibilidade de ampliação do rol exaustivo inscrito na Constituição Federal. III – Idoneidade da decisão de não-conhecimento da ADPF.

Esse veredicto é de 3 de maio de 2006 e confirma a decisão monocrática da Exma. Sra. Ministra Ellen Gracie.

Ora, mudando o que deve ser alterado, em se tratando de ação direta de inconstitucionalidade, o precedente é aplicável, porque a legitimidade ativa conferida constitucionalmente não pode ser modificada pela Constituição do ente federado ou por intermédio de lei infraconstitucional. A taxatividade não comporta ampliação.

Esse, pois, o motivo da divergência na preliminar suscitada de ofício.
Francisco Oliveira Filho

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Newton Trisotto

No tocante à legitimidade ativa *ad causam* do Promotor de Justiça e do Coordenador do Centro de Controle de Constitucionalidade para propor ação direta de inconstitucionalidade, divergi da douta maioria pelos fundamentos expostos na ementa aditiva que abaixo reproduzo:

1. Aos Promotores de Justiça não é permitido postular perante os tribunais, salvo para impetrar *habeas corpus* e mandado de segurança e para requerer correção parcial (Lei n. 8.625/93, art. 32, I; ROMS n. 13.568, Min. Nancy Andrighi; ROMS n. 5.563, Min. Edson Vidigal; ROMS n. 4.730, Min. Cid Flaquer Scartezini; ROMS n. 1.456, Min. Jesus Costa Lima). Falta-lhes, portanto, legitimidade para propor ação direta de inconstitucionalidade.

2. Não é delegável a competência conferida pela Constituição do Estado de Santa Catarina ao Procurador-Geral de Justiça para ajuizar ação direta de inconstitucionalidade (CESC, art. 85, III), porquanto “nenhuma norma infraconstitucional pode subtrair competências que foram entregues pelo constituinte” (Michel Temer) (ADI n. 2006.036548-5).

Newton Trisotto

MANDADO DE SEGURANÇA

Mandado de Segurança n. 2006.028769-3, da Capital

Relator: Des. Jorge Mussi

MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO – OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS E DE REGISTRO CIVIL – APOSENTADORIA COMPULSÓRIA – INAPLICABILIDADE – EXE-GESE DO ARTIGO 40, § 2º, II, DA CF/88, COM A REDAÇÃO QUE LHE FOI CONFERIDA PELA EMENDA CONSTITUCIO-NAL N. 20/98 – PRECEDENTES DO STF E DO STJ – AMEAÇA DE LESÃO A DIREITO LÍQUIDO E CERTO EVIDENCIADA – ORDEM CONCEDIDA.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança n. 2006.028769-3, da comarca da Capital, em que é impetrante Joaquim Roque Pacheco e impetrado o Excelentíssimo Senhor Presidente do Tri-bunal de Justiça de Santa Catarina:

ACORDAM, em Tribunal Pleno, por maioria de votos, conceder a ordem. Custas na forma da lei.

1 – Cuida-se de mandado de segurança preventivo, com pedido de liminar, ajuizado por Joaquim Roque Pacheco, Oficial de Registro de Imó-veis e de Registro Civil da comarca de Garopaba, com fundamento no art. 5º, LXIX, da Constituição Federal, e no art. 1º da Lei n. 1.533/51, contra ato do Excelentíssimo Senhor Desembargador Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

Informa o impetrante que, em 9-7-1965, em virtude da aposentadoria de Nair Fagundes, foi nomeado pelo Excelentíssimo Senhor Governador do Estado de Santa Catarina para exercer a função vitalícia de Escrivão de Paz

do distrito-sede de Garopaba e que, nessa mesma data, também por ato do Excelentíssimo Senhor Governador, foi nomeado para exercer, vitaliciamente, a função de 1º Tabelião de Notas da comarca da Capital (*sic* – fl. 2).

Relata que, em 29-3-2004, sua esposa, Laura Pereira Pacheco, foi nomeada para responder pelo 1º Tabelionato de Notas e Protestos da comarca de Garopaba, até então exercido pelo impetrante, “comprovando que se afastou da antiga atividade” (fl. 3), e, nesse mesmo dia, por opção, foi nomeado para responder pelo Ofício de Registro de Imóveis e Hipotecas e Ofício de Registro Civil de Pessoas Naturais, Títulos e Documentos e Pessoas Jurídicas da comarca de Garopaba, tudo conforme documentação que instrui o presente *mandamus*.

Diz que, conforme comprova seu documento de identidade, completará 70 anos no dia 16 de agosto de 2006 e, como o Tribunal de Justiça vem reiteradamente aposentando compulsoriamente os notários e registradores que atingem os 70 anos de idade, nos termos de equivocada interpretação do art. 40, § 1º, II, da CF, está na iminência de sofrer lesão a direito líquido e certo seu, consistente em manter-se na delegação que lhe foi outorgada pelo Chefe do Executivo até a ocorrência de uma das formas de extinção da delegação previstas no art. 39 da Lei n. 8.935/94, já que, com a alteração do referido artigo pela Emenda Constitucional n. 20/98, os notários e registradores, por não serem servidores públicos, não estariam sujeitos ao limite de idade de 70 anos para aposentadoria compulsória, previsto no mencionado dispositivo constitucional.

Lembrou que o art. 236 da Constituição Federal estabelece que “os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do poder público”.

Sustentou, por fim, que a Lei n. 8.935/94, que regulamentou o art. 236 da Constituição Federal, não incluiu a aposentadoria compulsória dentre as causas que extinguem a delegação de notário ou registrador.

Colacionou farta jurisprudência e doutrina que dão respaldo a sua pretensão.

Pelo exposto, e aduzindo presentes o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*, requereu a concessão liminar da ordem mandamental preventiva, a fim de que, reconhecido que não se lhe aplica a regra do art. 40, § 1º, II, da CF, fosse mantido na titularidade do Ofício de Registro de Imóveis e Hipotecas e Ofício de Registro Civil de Pessoas Naturais, Títulos e Documentos e Pessoas Jurídicas da comarca de Garopaba, confirmando-se a decisão no julgamento de mérito do presente remédio constitucional.

Instruiu o pedido com os documentos de fls. 25-273.

A liminar foi justificadamente deferida (Despacho de fls. 276-277).

Solicitadas informações à autoridade impetrada, esta esclareceu que o oficial de registro, embora desempenhe função pública por delegação do Estado, em caráter privado, é investido em cargo público, criado por lei, com denominação própria.

Alegou que para a ascensão ao cargo é necessário que o interessado submeta-se à realização de concurso público, que o desempenho da atividade sujeita-se à hierarquia administrativa e fiscalização pelo Poder Judiciário e que os emolumentos e custas recebidos são considerados receita pública, o que evidencia a qualidade de servidores públicos em sentido amplo.

Em face disso, aduziu que se justifica a aplicação da aposentadoria compulsória por idade aos ocupantes de cargos por delegação, mesmo após o advento da Emenda Constitucional n. 20/98, que alterou a redação do *caput* do artigo 40 da Constituição Federal, pelo que colimou a denegação da segurança (fls. 286-291).

Instada, a douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pela concessão da ordem.

É o relatório.

2 – Pugna o impetrante, ocupante do cargo de Oficial de Registro de Imóveis e Hipotecas e de Oficial de Registro Civil de Pessoas Naturais, Títulos e Documentos e Pessoas Jurídicas, da comarca de Garopaba, com o presente *mandamus* preventivo, obstar seja compulsoriamente aposentado por ato da autoridade impetrada, invocando, para tanto, a exegese do disposto no art. 40, § 1º, II, da Constituição Federal, com a redação que lhe foi conferida pela Emenda Constitucional n. 20, de 15 de dezembro de 1998.

A polêmica sobre a situação jurídica dos auxiliares da justiça vem-se desenvolvendo desde a Constituição Federal de 1967, valendo ressaltar que até a edição da Emenda Constitucional n. 20/98 havia jurisprudência firmada sobre a questão, entendendo pela incidência da aposentadoria compulsória aos notários e registradores, na conformidade da antiga redação do art. 40, inciso II, da Constituição Federal de 1988.

Contudo, com a alteração dada pela Emenda Constitucional n. 20/98, a norma constitucional em questão passou a excluir os titulares de cartórios extrajudiciais da aplicação da aposentadoria compulsória aos setenta anos de idade, ao estipular o seguinte:

Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados os critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.

§ 1º. Os servidores abrangidos pelo regime de previdência de que trata este artigo serão aposentados, calculados os seus proventos a partir dos valores fixados na forma dos §§ 3º e 17:

I – [...]

II – compulsoriamente, aos setenta anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição.

É importante ressaltar que o art. 236 da Constituição Federal estabeleceu a natureza privada da atividade delegada e a pá de cal sobre a possibilidade da aposentadoria compulsória aos notários e registradores foi, por assim dizer, a edição da Lei n. 8.935/94, que, em seu art. 3º, excluiu de vez essa categoria do conceito de “servidor público”, afastando de vez a incidência da aposentadoria aos 70 anos prevista na redação anterior do art. 40 da CF/88.

Referida legislação especial também prevê, em seu art. 39, as formas de extinção da delegação, nas quais não se inclui a aposentadoria compulsória, ao assim estipular: “Extinguir-se-á a delegação a notário ou a oficial de registro por: I – morte; II – aposentadoria facultativa; III – invalidez; IV – renúncia; V – perda nos termos do art. 35”, pelo que se conclui que os cartorários não estão sujeitos à aposentadoria compulsória.

Walter Ceneviva, na obra *Lei dos notários e dos registradores comentada*, bem explica as mudanças ocorridas na legislação constitucional, que conduziram à posição agora predominante na doutrina e nos tribunais:

De outro modo, tratando-se de aposentadoria, há de se ter presente a regra do art. 40 da Lei n. 8.935/94 (v. comentário adiante), vigente antes da Emenda n. 20/98, pela qual tanto os titulares do serviço quanto seus escreventes e auxiliares são vinculados à previdência social de âmbito federal. Excluídos do art. 40 da Carta, após a emenda referida, mas continuando incluídos nos efeitos do art. 40 da Lei dos Notários e dos Registradores, tem-se como certo que esses profissionais não se submetem à aposentadoria compulsória ao atingir seu septuagésimo aniversário.

Nada obstante as considerações anteriores, no comentário ao inciso IV do art. 32, referente à perda da delegação, fez-se menção, antes da edição da Emenda n. 20, à não-aplicabilidade da aposentadoria expulsória, aos setenta anos de idade, dos delegados notariais e registradores. Contudo, o Supremo Tribunal Federal, em sua

composição plena, entendeu que o registrador e o tabelião ocupam cargo público, assim considerado em virtude de sua criação por lei, submetido à fiscalização permanente através do Poder do Estado, remunerado segundo critérios fixados em lei, demais de depender a delegação de concurso público. Daí resulta, quanto à aposentadoria por idade, pelos mesmos requisitos previstos para os servidores públicos em geral.

Sendo relator o Ministro Octávio Gallotti, decidiu o Supremo Tribunal Federal (RTJ, 162:772), em 1996, pela aplicação da aposentadoria compulsória por idade. Votaram vencidos os Ministros Marco Aurélio, Francisco Rezek e Sepúlveda Pertence. Anotou o Ministro Marco Aurélio, em seu voto, que “não se tem preceito algum que equipare o notário, que exerça a atividade em caráter privado, como está na cabeça do art. 236, com o servidor público. Ele não percebe dos cofres públicos. O ganho que auferir decorre da equação alusiva aos emolumentos cobrados segundo a lei federal prevista no § 2º do artigo em comento e às despesas resultantes da atividade, correndo à respectiva conta qualquer desequilíbrio negativo que venha a exsurgir”. Depois de cuidadoso exame doutrinário, completou: “os notários enquadrados no art. 236, em virtude de atuarem em caráter privado, não integram sequer a estrutura do Estado. Atuam em recinto particular, contando com os serviços de pessoas que também não têm a qualidade de servidor e que auferem salário em face de relação jurídica que se aproximam, regida não pela lei disciplinadora do Regime Jurídico Único, mas pela Consolidação das Leis do Trabalho”. É a tese defendida na primeira edição desta obra, que voltou a ser considerada após a Emenda Constitucional n. 20/98.

Sobrevindo a Emenda Constitucional n. 20, de 15 de dezembro de 1998, alterando o *caput* do art. 40 da Carta, tornou-se necessária a reavaliação do tema, fazendo retornar a convicção de que a perda de delegação por aposentadoria voluntária depende da manifestação do titular, ainda que ultrapasse o limite dos setenta anos de idade, como se confirma, ainda no comentário a este artigo, ao se tratar da aplicação das leis federais previdenciárias (4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 241).

A matéria em questão pacificou-se perante os Tribunais Superiores, em especial no Supremo Tribunal Federal, guardião maior da Constitui-

ção Federal, que vem entendendo que a norma referente à aposentadoria compulsória é destinada somente aos servidores em sentido estrito, no qual não se incluem os notários e registradores.

Nesse diapasão:

Os notários e os registradores exercem atividade estatal, entretanto não são titulares de cargo público efetivo, tampouco ocupam cargo público. Não são servidores públicos, não lhes alcançando a compulsoriedade imposta pelo mencionado artigo 40 da CB/88 – aposentadoria compulsória aos setenta anos de idade (ADIn n. 2602/MG, rel. Ministro Eros Grau, Tribunal Pleno, j. em 24-11-2005, p. em 31-3-2006).

E ainda:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. INAPLICABILIDADE DA APOSENTADORIA COMPULSÓRIA (ART. 40, § 1º, II, DA CF/88, REDAÇÃO DADA PELA EC 20/98) AOS NOTÁRIOS E OFICIAIS DE REGISTRO.

I — Os notários e registradores, a despeito de exercerem atividade estatal, não são titulares de cargo público efetivo e, pois, não se submetem à aposentadoria compulsória prevista no art. 40, § 1º, II, da CF/88 (redação dada pela EC n. 20/98). Precedentes. II — Agravo não provido (RE-AgR n. 432.386/PE– rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. em 20-6-2006, p. em 18-8-2006).

No mesmo norte são os julgados mais recentes do Superior Tribunal de Justiça, que têm orientado no sentido de que “os titulares de ofício de notas e de registro não são servidores públicos titulares de cargo efetivo, mas agentes públicos em colaboração com o Estado e, portanto, não se submetem à aposentadoria compulsória por implemento de idade” (AgRg no RMS n. 18.809/PE, rel. Ministro Hélio Quaglia Barbosa, j. em 4-5-2006).

E, ao decidir recurso originário deste Tribunal de Justiça de Santa Catarina, a Superior Corte estabeleceu:

CONSTITUCIONAL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. OFICIAL DE SERVIÇOS NOTA-

RAIS E DE REGISTRO. REGIME JURÍDICO DISTINTO DO SERVIDOR PÚBLICO. APOSENTADORIA COMPULSÓRIA. INAPLICABILIDADE. ENTENDIMENTO DO PLENO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA ADIN N. 2.602/MG.

— Os notários e cartorários, na condição de agentes delegados, subordinam-se a legislação própria — Lei n. 8.935/94 — editada em obediência ao art. 236, da CF/88. O fato de se sujeitarem a concurso público para ingresso no cargo não os torna servidores públicos de qualquer espécie.

— A aposentadoria compulsória aos setenta anos só se aplica aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações.

— Não sendo servidores públicos, os notários e cartorários não estão sujeitos à regra do art. 40, II, da Constituição Federal de 1988. Precedente do Supremo Tribunal Federal na ADIn n. 2.602/MG.

— Recurso ordinário provido (RMS n. 15.769 / SC; Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 2003/0002202-8, j. em 3-2-2005, p. em 3-10-2005).

Ressalta-se que nesta Corte de Justiça a aplicação da aposentadoria compulsória aos titulares das serventias extrajudiciais era, antes da edição da EC/98, admitida por seus membros de forma majoritária. No entanto, com a redação conferida pela citada Emenda Constitucional ao art. 40 da CF/88, e com o julgamento da ADIn n. 2.602, pelo Supremo Tribunal Federal, que sedimentou o entendimento de que os notários e registradores não são servidores públicos, não lhes alcançando a compulsoriedade de aposentação por idade, esse posicionamento modificou-se.

Nesse sentido:

MANDADO DE SEGURANÇA – APOSENTADORIA COMPULSÓRIA DE OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS – ATO DE COMPETÊNCIA DO PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA – ILEGITIMIDADE PASSIVA DO GOVERNADOR DO ESTADO – INAPLICABILIDADE DO INSTITUTO PREVISTO NO ART. 40, II, DA CF/88 AOS TITULARES DE SERVENTIA EXTRAJUDICIAL – EC N. 20/98 – ORDEM CONCEDIDA.

“A expedição de ato de aposentadoria compulsória de titular de cartório pelo Presidente do Tribunal de Justiça Estadual decorre das atribuições conferidas pela Lei n. 8.935/94 nos arts. 15 e 39” (STJ, RMS n. 19.706/SC).

“2. Os serviços de registros públicos, cartorários e notariais são exercidos em caráter privado por delegação do Poder Público — serviço público não-privativo. 3. Os notários e os registradores exercem atividade estatal, entretanto não são titulares de cargo público efetivo, tampouco ocupam cargo público. Não são servidores públicos, não lhes alcançando a compulsoriedade imposta pelo mencionado artigo 40 da CB/88 — aposentadoria compulsória aos setenta anos de idade” (STF, ADIm n. 2602/MG) (Mandado de Segurança n. 2005.031195-3, da Capital, rel. Des. Alcides Aguiar, j. em 5-7-2006).

Destarte, diante da alteração do artigo 40 da Constituição Federal, dada pela Emenda Constitucional n. 20, de 15 de dezembro de 1998, não há dúvida da existência de direito líquido e certo do impetrante a ser resguardado pela presente ação mandamental, de permanecer na titularidade do cartório extrajudicial que lhe foi delegado pelo Poder Público até que satisfaça um dos requisitos para a extinção da delegação, previstos na legislação especial (Lei n. 8.935/94 que regulamentou o art. 236 da CF), configurando-se necessária a concessão da ação mandamental.

E ainda:

PROCESSUAL CIVIL – MANDADO DE SEGURANÇA – ATO DE APOSENTADORIA DE OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS – COMPETÊNCIA DO PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA – ILEGITIMIDADE DO GOVERNADOR DO ESTADO.

“A expedição de ato de aposentadoria compulsória de titular de cartório pelo Presidente do Tribunal de Justiça Estadual decorre das atribuições conferidas pela Lei n. 8.935/94 nos arts. 15 e 39” (RMS n. 019.706/SC, rel. Min. Paulo Gallotti, DJ de 17-8-2005).

ADMINISTRATIVO – TITULAR DE SERVENTIA EXTRAJUDICIAL – APOSENTADORIA COMPULSÓRIA – IMPOSSIBI-

LIDADE – EC N. 20/98 – PRECEDENTES DOS TRIBUNAIS SUPERIORES.

Em decorrência das alterações patrocinadas pela Emenda Constitucional n. 20/1998, por não se enquadrarem na categoria dos servidores públicos efetivos, os titulares dos serviços notariais e de registro não mais se sujeitam à aposentadoria compulsória (ADIn n. 2.602, rel. Min. Eros Grau) (Mandado de Segurança n. 2005.037302-5, da Capital, rel. designado Des. Luiz César Meireiros, j. em 4-5-2006).

Competindo essencialmente ao Supremo Tribunal Federal a guarda da Constituição Federal, e sendo vinculantes as suas decisões, seja por expressa disposição de lei (CF, art. 102, § 2º; Lei n. 9.868/99, art. 28, parágrafo único) seja pela força moral de seus precedentes, uma vez reconhecida pela Corte Suprema a não-aplicação da aposentadoria compulsória aos notários e registradores, consta-se o descabimento do afastamento compulsório do impetrante, em razão de completar 70 anos de idade.

Assim, diante da alteração da redação do artigo 40 da Constituição Federal, dada pela Emenda Constitucional n. 20, de 15 de dezembro de 1998, não resta dúvida acerca da existência de direito líquido e certo do impetrante a ser resguardado pela presente ação mandamental, haja vista as informações da autoridade impetrada, das quais se conclui que as aposentações por idade de cartorários continuam sendo implementadas, devendo a ordem ser concedida para que o autor possa permanecer na titularidade dos cartórios extrajudiciais que lhe foram delegados pelo Poder Público, até que satisfaça um dos requisitos para a extinção das delegações, previstos no art. 39 da legislação especial (Lei n. 8.935/94, que regulamentou o art. 236 da CF/88).

3 – Diante do exposto, concede-se a ordem.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Carlos Prudêncio, Newton Trisotto, Volnei Carlin, Irineu João da Silva, Wilson Augusto do Nascimento, Nelson Schaefer Martins, José

Volpato, Sérgio Roberto Baasch Luz, Monteiro Rocha, Torres Marques, Luiz Carlos Freyesleben, Rui Fortes, Gastaldi Buzzi, Marcus Tulio Sartorato, Cesar Abreu, Salete Sommariva, Ricardo Fontes, Salim Schead dos Santos, Francisco Oliveira Filho, Alcides Aguiar e Amaral e Silva, e, com votos vencidos, os Exmos. Srs. Des. Anselmo Cerello, Vanderlei Romer e Fernando Carioni. Lavrou o parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Guido Feuser.

Florianópolis, 18 de abril de 2007.

Pedro Manoel Abreu
PRESIDENTE

Jorge Mussi
RELATOR

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Anselmo Cerello

Tendo o impetrante complementado a idade limite na vigência da EC n. 20/98 (fl. 25), segundo o entendimento predominante no STF (ADIn n. 2.602 — Relator original vencido Min. Joaquim Barbosa — Relator designado Min. Eros Grau – j. em 20-10-05), na condição de registrador, não mais teria sua aposentadoria como compulsória, por limite de idade, razão pela qual altero meu anterior posicionamento para me apegar ao entendimento vencedor, exarado no v. aresto concessivo do *writ*, tendo havido, provavelmente, imprecisão na coleta do voto.

Anselmo Cerello

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Vanderlei Romer

Discordei de meus nobres pares porque estou convicto de que o titular de serventia extrajudicial está ao alcance da aposentadoria compulsória prevista na Constituição Federal.

Reconheço que a questão é controversa e tem suscitado acirrados debates, especialmente diante do atual posicionamento do Pretório Excelso no sentido de que sobrevivendo a aposentadoria após a Emenda Constitucional n. 20/98, como aqui ocorre, os notários e oficiais de registro não estão sujeitos à aposentadoria compulsória por idade (Pet. n. 2.915, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU 16-5-03; Pet. n. 2.890/SP, rela. Mina. Ellen Gracie; RE n. 417362/PE, rel. Min. Gilmar Mendes, DJU 31-3-04), o que levou o Superior Tribunal de Justiça a rever seu entendimento anterior, qual seja, de que aqueles seriam servidores públicos em sentido lato, sujeitando-se, pois, ao disposto no artigo 40, inc. II, da Constituição Federal (Edcl no AgRg no RMS n. 15.947/PR, rel. Min. Gilson Dipp, DJU 5-8-04; RMS n. 16.151/MG, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJU 6-4-04).

Dentre os precedentes, destaca-se o RMS n. 016069, relator o Ministro Gilson Dipp, que leva a efeito elucidativo estudo acerca do tema, bem como sua evolução nos tribunais.

O julgado enfocado traz a lume valiosas colocações doutrinárias que, efetivamente, levam, em um primeiro momento, à conclusão de que os notários e oficiais de registro não se submetem, realmente, à aposentadoria compulsória.

Todavia, não menos valioso é o estudo levado a efeito pelo ínclito Desembargador Fernando Carioni, ao proferir seu voto no Mandado de Segurança n. 2001.000175-1.

É oportuna sua transcrição:

Trata-se de mandado de segurança preventivo visando a possibilitar que a titular do Tabelionato de Notas e Protestos do Distrito-sede da comarca de Itaiópolis permaneça na função, mesmo após ter completado 70 (setenta) anos de idade.

A matéria vem tomando rumos diversos ao entendimento perfilhado pelos Tribunais Superiores, logo após o advento da Emenda Constitucional n. 20/98, que alterou a redação do artigo 40 da Constituição Federal, pondo em dúvida se os agentes que detêm função delegada pelo poder público são tidos, ou não, como servidores públicos *lato sensu*.

Tal dispositivo constitucional, após a emenda, passou a deter a seguinte redação:

“Art. 40. *Aos servidores titulares de cargos efetivos* da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo” (grifei).

Com a inclusão das palavras *titulares de cargos efetivos* gerou a controvérsia perante o Supremo Tribunal Federal que, em análise perfunctória da matéria feita na apreciação de liminar, vem limitando a aposentadoria compulsória somente aos titulares de cargos efetivos (Rcl n. 2399MC/RJ, rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, DJU 9-9-2003; AI n. 457.786/MG, rel. Min. Nelson Jobim, DJU 10-10-2003; AC n. 116MC/RS, rel. Min. Carlos Britto, DJU 13-11-2003).

Para compreender o artigo 40 da CF/88, após a EC n. 20/98, faz-se necessária uma interpretação da norma constitucional seguindo um parâmetro de razoabilidade, impedindo, com isso, resultados injustos ou danosos ao bem comum, porquanto, adstringindo-se à letra fria da lei, acaba por cerrar os olhos quanto aos princípios sacramentados na Constituição Federal, tratando iguais como desiguais.

Segundo Linares Quintana, discorrendo sobre a forma de interpretação da Constituição, colhe-se:

“Para determinar y decidir la conformidad y adecuación de los actos del Estado com la Constitución Nacional, ésta, en su letra y en su espíritu, ha impuesto la regla de la razonabilidad. Toda actividad estatal para ser constitucional deve ser razonable. Lo razonable es lo opuesto a lo arbitrario, y significa conforme a la razón, justo, moderado, prudente, todo lo cual puede ser resumido en arreglo a lo que dicte el sentido común. El Congreso, el Poder Ejecutivo y los Jueces, cuando actúan, en le ejercicio de sus funciones específicas, deben hacerlo de manera razonable. Todo acto gubernativo debe resistir la prueba de la razonabilidad. La ley que altera, y con mayor razón todavía, suprime el Derecho cuyo ejercicio pretende reglamentar, incurre en irrazonabilidad o arbitrariedad, en cuanto imponga limitaciones a éste que no sean proporcionadas a las circunstancias que las motivan y a los fines que se propone alcanzar com ellas” (in Reglas para e interpretación Constitucional. Argentina: Editorial Plus Ultra, 1987. p. 122-123).

Por sua vez, Luis Roberto Barroso pondera:

*“A interpretação da Constituição, a despeito do caráter político do objeto e dos agentes que a levam a efeito, é uma tarefa jurídica, e não política. Sujeita-se, assim, aos cânones de racionalidade, objetividade e motivação exigíveis das decisões proferidas pelo Poder Judiciário. Uma Corte Constitucional não deve ser cega ou indiferente às conseqüências políticas de suas decisões, inclusive para impedir resultados injustos ou danosos ao bem comum” (in *Interpretação e aplicação da constituição*, São Paulo: Saraiva, 1996. p. 106).*

Cita-se o trabalho do Dr. Augusto Zimmermann, mestre em Direito Constitucional e Teoria do Estado pela PUC-Rio (Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro), sobre a interpretação constitucional:

“[...] os princípios constitucionais representam elementos valorativos, ou axiológicos, do ordenamento constitucional. Tais princípios não precisam estar diretamente revelados na constituição escrita, muito embora devam ficar identificados com algum tipo de aspiração nacional. Se estes princípios expressam valores constitucionais, eles carregam consigo mesmos toda uma sorte de expectativas sociais, fazendo-se a revelação do constitucionalismo histórico.

“Os princípios podem não estar revelados pela Constituição escrita, mas devem ao menos estar implícitos na mesma, assegurando

a complementação da sistemática apresentada pelo ordenamento constitucional. Em certos momentos, os princípios constitucionais arriscam-se a produzir delicados conflitos de interpretação, demandando uma razoável ponderação de valores. Nestes casos, determinado princípio constitucional poderá assumir prevalência em relação a um outro de igual natureza axiológica, muito embora a ponderação de princípios dependa não apenas da realidade concretamente apresentada, mas também do próprio grau de razoabilidade no *approaching* interpretativo.

“Para concluir, os princípios constitucionais não são relevantes apenas à questão do direito positivo, mas também no sentido da concepção sociológica de valores subsistentes ao ordenamento jurídico-constitucional. Não obstante a existência de determinados elementos legitimadores do constitucionalismo democrático, que se encontrariam logicamente correlacionados à questão do Estado de Direito e da democracia representativa, haveríamos de igualmente reconhecer uma certa relativização destes princípios, dependentes de específico ambiente nacional. Isso não significa, por outro lado, que abdiquemos de defender um determinado tipo de interpretação mais compromissada com a natureza garantista do constitucionalismo democrático, que então se encontraria primeiramente voltado à fundamental garantia dos direitos inalienáveis da pessoa humana (in Princípios Fundamentais e Interpretação Constitucional – Análise meta-jurídica dos fundamentos axiológicos do ordenamento constitucional –” www.achegas.net/numero/nove/agosto_zimmermann_09.htm).

De relevante interesse o artigo publicado por Adelângela de Arruda Moura Steudel sobre a temática da Interpretação Constitucional, merecendo destaque:

“Afirma-se que uma das tarefas da ciência do direito é estabelecer as conexões sistemáticas entre as normas. Como já referido, a sistematização dos dados é, propriamente, o *discurso segundo a ciência*. As normas de direito não têm existência (vigência) isoladamente, antes inserem-se num conjunto harmônico e interdependente, do qual tiram seu pleno significado. Por isso uma das primeiras e elementares regras de hermenêutica jurídica recomenda a leitura do texto normativo integral.

“Entre as técnicas tradicionais de interpretação do direito avulta em importância a sistemática, que determina o confronto do sentido inicialmente fixado através da exegese da norma jurídica em particular, com as demais normas do sistema, a partir das integrantes do instituto jurídico a que pertence a norma analisada, indo até as normas do conjunto global, o sistema, num processo de concatenação, de forma a compatibilizar *o sentido de uma norma ao espírito do sistema*.

“Procedendo sistematicamente o intérprete procura preservar as propriedades do sistema, especialmente sua unidade e coerência. A busca de *apoio* do significado de uma norma nas demais conduz à descoberta de uma fonte comum de emanção; outrossim, a revelação de incompatibilidade entre a norma interpretanda e o sistema exigirá uma reformulação do sentido inicialmente fixado ou até a negação de sua validade (existência).

“Em virtude do postulado da unidade do ordenamento jurídico, que pressupõe a derivação de todas as normas, em última etapa, da Constituição, é evidente que a interpretação das normas constitucionais é condição primordial para uma ótima compreensão de qualquer preceito jurídico.

“De outro lado, vimos que a Constituição mesma configura um sistema, quer se a entenda do ângulo lógico-formal assente na estrutura de seus elementos normativos, quer se leve em consideração a complexidade inerente a uma teoria constitucional material. Assim, em princípio, o método sistemático clássico tem aplicação ao direito constitucional. Como acentua Bonavides, a rigor não se distingue a interpretação constitucional da interpretação das demais normas, que todas são, em essência, normas jurídicas; exceto quando se tem em mente as peculiaridades das regras básicas, por exemplo, seu caráter político.

“Dessas peculiaridades ocupa-se Ferraz Jr., ao relevar o fato de que, se as regras usuais de interpretação puderam aplicar-se às Constituições, graças à sua formalização, a partir do século XIX, não se pode ignorar que *a norma constitucional contém elementos jurídicos que a diferenciam das demais normas, características da qual um normativismo rigorosamente positivista, supostamente neutro e acrítico, não chega a dar conta*.

“Para citar apenas uma classificação, mencione-se as categorias normativas constitucionais distinguidas por José Afonso da Silva, segundo sua natureza, função ou finalidade: normas constitucionais *orgânicas, limitativas, sócio-ideológicas, de estabilização constitucional e de aplicabilidade*, cada qual com o respectivo âmbito de pré-significação.

“Isso não obstante, tem a Constituição um *articulado de sentido*, semelhante ao do ordenamento jurídico global; daí que a idéia de sistema projeta-se e se constitui um pressuposto necessário dos métodos modernos desenvolvidos pela hermenêutica constitucional, menos para o método tópico-problemático (puro).

“E um dos primeiros condicionamentos que o sistema constitucional exerce na interpretação está na identidade e feição própria que cada Constituição, em particular, apresenta, emergente da conformação que lhe empresta a soma ou integração dos princípios fundamentais nela inseridos. A unidade da Constituição postula uma unidade de sentido, como se um vetor em específico a orientasse. Isso autoriza dizer-se, por exemplo, *Constituição democrática*, onde o qualificativo designa sua essência e a orienta por inteiro.

“Todavia, quando se encarece a irremissível presença do sistema constitucional como pré-compreensão para a interpretação das normas fundamentais, tem-se já como superada a concepção sistêmica do positivismo normativista, que determinava a consideração do ordenamento constitucional em abstrato.

“A insuficiência da interpretação sistemática nos moldes clássicos, já manifestada mesmo no âmbito do direito privado, onde teve origem, torna-se patente na interpretação constitucional. A Constituição, como o demonstra a teoria material, é infensa a uma redução a termos estritamente lógico-normativos, dada a riqueza do seu conteúdo e o excepcional horizonte de significações ideológicas, sociológicas e políticas que ela consubstancia.

“Não servem mais para a interpretação constitucional os esquemas de pensamento axiomático-dedutivo, não é mais possível sustentar a neutralidade dos operadores do direito frente às exigências de uma interpretação justa, mormente no que respeita aos problemas que requerem resposta constitucional. Assim, a teoria material da Constituição oferece o que Bonavides denomina *sistema consti-*

tucional axiológico-teleológico; o sistema não repousa em axiomas destituídos de estimativa mas nos valores-fins que se expressam no conteúdo material das normas constitucionais. Além disso, reforça a necessidade de abandono da exegese constitucional lógico-formal, dirigida pelos métodos clássicos, a transição do Estado Liberal para o Estado Social. No território do liberalismo o ideal hermenêutico é a objetividade, suposta a racionalidade da norma jurídica, inclusive a constitucional, bem assim a pertinência da Constituição ao Estado, como figura distinta da Sociedade.

“Explica Ferraz Jr. que no âmbito da Constituição do Estado Liberal os procedimentos hermenêuticos tradicionais funcionam como *interpretação de bloqueio*, sob o primado do princípio da legalidade, com vistas à certeza e à segurança do direito. Porém, com a emergência do Estado Social, as aspirações sociais exigem procedimentos que as legitimem em face da Constituição, isto é, uma *interpretação de legitimação*, favorecendo maior espaço para o intérprete, o que se justifica até para a própria realização constitucional. Essa expectativa é que autorizou conceber a Constituição como um *sistema de valores*, cuja realização exige a mediação concretizadora do intérprete.

“Em suma, as Constituições contemporâneas, *documentos normativos do Estado e da Sociedade* deixam de configurar o *Estado mínimo* e indiferente aos conflitos sociais que hoje se refletem nas leis fundamentais.

“De toda sorte, ainda que renovado e substanciado o conceito de sistema constitucional, mercê de sua dimensão valorativa, a concepção sistêmica continua a condicionar a interpretação, representando um marco de controle para a possível *perda ou erosão de normatividade* constitucional que a teoria material possa representar. Mesmo Hesse (partidário do método concretista, de inspiração tópica), que considera a interpretação só possível diante de um problema concreto a resolver, assevera que o objetivo da interpretação é obter um resultado *constitucionalmente correto*, através de um procedimento racional e controlável e fundamentar esse resultado de forma racional e controlável, criando, desse modo, certeza e previsibilidade jurídicas.

“Então, à vista da arbitrariedade a que eventualmente possam conduzir a interpretação condicionada pela abertura do sistema e

a compreensão material (valorativa) da Constituição, procura-se uma metódica jurídica orientada por regras.

“A interpretação *constitucionalmente adequada* exige ainda uma doutrina hermenêutica, *a utilização de determinados critérios (ou medidas) que se pretendem objetivos, transparentes e científicos.*

“Uma das primeiras propostas metodológicas é a de F. Müller (método concretista), cujo critério de compreensão da normatividade constitucional aparta-se bem da tradição positivista: o texto da norma não é a norma, é uma medida ou modelo de ordenação que se expressa em linguagem, cujo sentido só se manifesta no momento da concretização. O texto oferece um contato ao que denomina *programa normativo*. A este adere o *domínio ou âmbito normativo*, constituído do plano material e empírico abrangido pela norma. Aí está a normatividade constitucional, após o processo estruturante. Em outras palavras, a norma constitucional é norma mais situação normada.

“Do exposto conclui-se que a interpretação não se reduz a conferir um significado ao enunciado normativo, mas é uma compreensão estrutural, que também a realidade, os dados reais do setor normativo se interpretam.

“Ora, o domínio normativo a captar contém elementos de natureza material: são os aspectos econômicos, sociológicos, políticos ou históricos de uma dada realidade. A análise desses elementos, segundo Canotilho, é tanto mais necessária quanto menor seja a determinação do programa normativo; compreende-se assim a necessidade de delimitar o procedimento hermenêutico dentro de parâmetros, posto que a maior parte das normas constitucionais, sejam princípios ou regras, é aberta a propostas variadas de concretização.

“Constroem-se então os chamados *princípios de interpretação constitucional*, que não são princípios constitucionais intra-sistêmicos, não pertencem ao sistema intrínseco. Para uma ciência sistemática do Direito Constitucional seriam *regras* (seja permitido chamá-los assim, de um ângulo pragmático), regras estruturais desenvolvidas pelo sistema extrínseco, para assegurar que a interpretação não desbordará do seu legítimo espaço, ocasionando mutações constitucionais por via interpretativa. O limite do *espaço de interpretação*,

– e isso é frustrante para uma teoria material da Constituição – é, enfim, o texto normativo.

“Dentre os princípios de interpretação constitucional destaca-se o da unidade da Constituição. Sobre ser um sistema e bem por isso, a Constituição, – presume-se –, não contém contradições. À despeito de ser um *sistema de valores*, é vedado ao intérprete (ou melhor, sujeito concretizante, que não há interpretação sem decisão de um problema concreto), estabelecer preferências valorativas; esse é o princípio da concordância prática, corolário do primeiro, destinado à preservação da unidade.

“A esses princípios, que procuram uma *racionalidade material* no processo hermenêutico, o estabelecimento de premissas de garantia de cientificidade para a hermenêutica constitucional, dentro dos quadros da teoria material, chamam-se, todavia, *tópicos de interpretação*, nos métodos concretista de Hesse e estruturante de F. Müller e Canotilho.

“Mas, se os *topoi* são apenas pontos de vista auxiliares para o intérprete, como podem eles assumir a condição dogmática de *pontos de referência obrigatórios para a teoria da interpretação constitucional*?

“Verificam-se, assim, tentativas de *conciliar a tradição sistemática do direito com a herança problematizante da tópica*”.

E arremata:

“A afirmação de que *o direito está em crise* não é de nossos dias. Entre as várias conotações da expressão *crise do direito*, – crise da justiça, das instituições, da política, da democracia, de legalidade, de legitimidade, entre outras –, avulta, para o jurista, aquela pertinente à tensão resultante da necessidade de superação do pensar dogmático tradicional e do cumprimento da função social que se reclama da jurisprudência, sem perda de seu estatuto teórico-científico. É a crise da ciência do direito.

“Nesse sentido, despontam as tentativas de uma nova hermenêutica, posto que, dentre as formas de elaboração do direito, sobre a interpretação – conservadora, formalística, pretensamente neutra e objetiva –, recaí, reconhecidamente, grande parte da responsabilidade pela reprodução e justificação das formas de exercício do poder político e econômico.

“Nesse contexto, uma revolução metodológica como a anunciada pela revivescência da tópica acena com a promessa de afastamento do edifício conceitual, maior achego com a realidade social e permissão para uma exegese (declaradamente) valorativa.

“Evidentemente essa nova proposta haveria de repercutir intensamente no Direito Constitucional, de há muito à procura do delicado equilíbrio entre a exigência de métodos flexíveis e maleáveis, que possibilitem amenizar a rigidez da Constituição em face das transformações sociais, evitando sua petrificação e anacronismo, e a necessidade, não menos urgente, de preservar a lei fundamental das mutações inconstitucionais possíveis de ocorrer através de artifícios interpretativos.

“A influência da tópica entre os constitucionalistas coincide com o impulso que alcançou na Alemanha a teorização material da Constituição. Embora se reconheça a Carl Schmitt e Rudolf Smend as contribuições precursoras para o desenvolvimento da teoria, verifica-se que o florescimento dos novos métodos de hermenêutica constitucional entre os alemães é de ser creditado a Viehweg e Joseph Esser.

“Compreende-se a irresistível conexão entre a tópica, enquanto teoria da argumentação jurídica orientada predominantemente para o problema, o caso concreto, com a teoria material da Constituição, que intenta uma compreensão pluridimensional e integral da Constituição. A tópica tende a resgatar todos aqueles aspectos materiais e axiológicos que o formalismo expungia.

“Entretanto, variadas são as versões de incorporação da tópica à hermenêutica constitucional e nem todas chegam ao ponto temido pela crítica, o de reduzir norma e sistema constitucional a *topoi*, ante o primado do problema. Isto é, *pensar* o problema não significa, necessariamente, *dispensar* a norma e o sistema.

“Segundo Bonavides, apenas Peter Häberle, teórico do método concretista da *Constituição aberta*, levou a tópica às últimas conseqüências, mediante propostas tais como o alargamento do círculo de intérpretes da Constituição: além dos órgãos estatais e entes públicos, o cidadão participativo da sociedade democrática, pluralista e aberta, ou seja, a *publicização* da interpretação. Para o constitucionalista brasileiro essa expansão desmesurada pode conduzir, se radicalizada,

ao *afrouxamento da normatividade e juridicidade das Constituições*; outrossim, implicando em consenso democrático, traria o método potencial de risco especialmente nos Estados pouco desenvolvidos, diante da instabilidade das instituições e do corpo social.

“Já em Konrad Hesse encontra-se a tópica mitigada, por assim dizer, por um conjunto de instrumentos de controle. Seu método hermenêutico-concretizador pressupõe um *pensamento problemática-mente orientado*, admitindo ampla dose de criatividade do intérprete que, todavia, deve estar consciente dos condicionamentos contidos em sua pré-compreensão, para evitar a arbitrariedade; ademais, sua atuação tópica está sempre limitada pela norma e pelos princípios de interpretação constitucional.

“Também o método concretista-estruturante de Friedrich Müller apresenta temperamentos na sua inspiração tópica, a começar pela sua peculiar compreensão da norma jurídica, cujo processo de concretização deve ter em conta três elementos básicos: o fato, o programa da norma e o âmbito normativo, de modo que seu texto não tem significado autônomo e só alcança pleno sentido em contato com a realidade. Daí a importância do intérprete, ou melhor, do *sujeito concretizante*, que, afinal, na prática, é quem agrega ao programa normativo a sua compreensão da realidade. Porém, como já observado antes, o texto da norma é o limite negativo do espaço de interpretação.

“Ponto comum entre todas as correntes que receberam as sugestões da tópica, em maior ou menor grau, é a noção de abertura do sistema constitucional, que de nenhum modo confunde-se com o conceito dogmático de lacuna, vazio indesejável no plano normativo constitucional, mas corresponde a uma incompletude conatural da lei fundamental, em função da dinamicidade social, que exige do Estado e da Sociedade tarefas integrativas, não é uma *estrutura preparada*, de plenitude lógica.

“A serventia da idéia de abertura para a Constituição da sociedade democrática e pluralista é também enfatizada por Bonavides, que salienta a problematicidade da estabilidade constitucional diante da estrutura aberta da própria sociedade. Assim, se a sociedade é aberta, a Constituição também o é; se é aberta a Constituição, também a interpretação é aberta, propícia à tópica. Nas Constituições democráticas (compromissórias, analíticas e dirigentes), portanto,

é que serão encontrados os *'topoi'* argumentativos justificadores de renovada ótica jurídica.

“Finalmente, a já apontada multifuncionalidade dos princípios constitucionais é de suma importância para a interpretação constitucional nos moldes propostos pela tópica, visto que os princípios, imantados de densa carga axiológica e teleológica, possibilitam ao intérprete da Constituição extrair-lhe os melhores resultados, a partir da idéia de direito e de justiça que os princípios constitucionais incorporam.

“Tanto é que se aponta a interpenetração da *jurisprudência dos princípios ou jurisprudência dos valores* (García de Enterría), com a *jurisprudência dos problemas* (Viehweg), dado que ambas adotam, em última análise, a interpretação principialista da Constituição, no sentido do resgate dos valores constitucionais materiais escamoteados pelo positivismo.

“De resto, a incipiência da teoria e prática dos novos métodos hermenêuticos não trouxe ainda uma fundamentação dogmática suficiente para acreditá-los perante os cânones científicos, embora não se queira aqui recordar a visão restritiva de ciência jurídica que os juristas tanto empenham-se em afastar.

“Centra-se a crítica no alegado subjetivismo dos novos métodos. Essa é, precisamente, uma visão estrita de ciência jurídica. Como se a busca de cientificidade exigisse *uma neutralidade axiológica progressiva, e, em consequência, uma 'des-subjetivação' da metodologia, pois o método axiológico postula uma relação (dialógica) a um sujeito.*

“É difícil aceitar que a nova forma de *logos* que constitui o pensamento argumentativo e retórico não perde dignidade epistemológica por exigir a participação de um sujeito situado, comprometido, que a ciência do direito, embora não possa excluir a *realidade do sujeito pensante, a realidade antropológica*, pode ainda apresentar um verdadeiro processo gnosiológico, que *os juízos prudenciais, que presidem às decisões humanas, expressam um verdadeiro conhecimento.*

“Mas, há quem creia que *a síntese entre a criatividade do jurista e a objetividade do direito, ao contrário do que muitos pensam, é possível*” (site www.uepg.br/rj/a1v1at12.htm).

Feitas estas considerações, passa-se a analisar as peculiaridades existentes na função delegada ao notário público em relação ao titular de cargo efetivo.

A solução da controvérsia relacionada à incidência da referida norma constitucional aos delegados dos serviços notariais e de registro reside, portanto, na exegese do *caput* do artigo 40 da CF, mais especificamente no que diz respeito à definição e limites de incidência da expressão *servidores titulares de cargos efetivos*, bem como à sua conseqüente aplicação aos referidos delegados.

Da doutrina são extraídos os seguintes conceitos de servidor e de cargo público efetivo:

“O conceito de servidor público apresenta uma conotação mais ampla que a dos agentes administrativos. Equivale a agentes públicos. *Todo agente público pode ser considerado um servidor público* [...] a expressão servidor público tem a peculiaridade de abranger as pessoas que tenham sido requisitadas para exercer temporariamente uma função pública, por razão emergencial de interesse público, e aquelas que, não integrando o quadro permanente de servidores da Administração Pública, tenham sido convocadas para o exercício específico de um múnus público qualquer, como jurado, mesário ou escrutinador de votos” (MUKAI, Toshio. *Direito administrativo sistematizado*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 164) (g.m.).

“*Cargo público* é o conjunto de atribuições e responsabilidades cometidas a um servidor, criado por lei, em número certo, com denominação própria, remunerado pelos cofres públicos. [...] *O cargo efetivo* é aquele preenchido com o pressuposto da continuidade e permanência do seu ocupante. Ao se nomear alguém para um cargo efetivo, há o pressuposto de permanência da pessoa no desempenho das atribuições. Este é, portanto, o sentido do termo *efetividade* [...] Aliás, a lei, ao criar o cargo, indica o modo pelo qual é preenchido, em geral usando a expressão, ‘de provimento efetivo, mediante concurso público’. Portanto, não se deve confundir efetividade com estabilidade” (MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 4. ed., Revista dos Tribunais, 2000. p. 316).

“Delegação é a outorga, a transferência, a outrem, do exercício de atribuições que, não fora por isto, caberiam ao delegante. Ou seja: os ‘serviços’ notariais e os de registro (que melhor se diriam ‘funções’

ou ‘ofícios’, como em seguida se aclarará) correspondem, em si mesmos, a uma atividade estatal, pública. A circunstância de deverem, por imperativo constitucional, ser desempenhados por terceiros, longe de destituir-lhes tal qualidade, pelo contrário, confirma-lhes dita natureza, pois: *Nemo transfere potest plus quam habet*. [...] Ninguém contenderá a assertiva curial de que o que é delegado aos notários e registradores é o exercício de uma ‘função pública’, assim como ninguém contenderá que o conjunto de ‘serviços’ desta natureza corresponde a uma ‘organização administrativa’ ou, se se quiser, também ‘judiciária’, na medida em que considerada serviço auxiliar do Judiciário” (A Competência para Criação e Extinção de Serviços Notariais e de Registros e para Provedimento desses Serviços. Celso Antônio Bandeira de Mello *Revista de Direito Imobiliário* n. 47, jul./dez. 1999).

Importante consignar que o notário executa serviço público de características especiais, sob o amálgama de função pública. Assim, embora desempenhe, por delegação do Estado, atividade de caráter privado, o notário guarda a qualificação de servidor público. Além disso, é investido, em caráter permanente, em cargo público, criado por lei, com denominação própria. A serventia é regulada por lei, com atividade sujeita à hierarquia administrativa e fiscalização do Poder Judiciário e o acesso aos cargos depende de concurso público (§§ 1º e 3º, art. 236, CF). Não deve ser esquecido que os emolumentos e custas recebidos pelos notários têm o crivo de receita pública.

É o que se abstrai de diversos artigos:

“Pelo que disposto no pré-citado art. 236, tais serviços, como visto, são exercidos particularmente, mas por delegação do Poder Público. Ora, se se cuida de outorga estatal, por óbvio que de natureza pública essas atividades, embora privatizadas. Por conseguinte, muito justo, inclusive, que se atribua aos Delegados a condição de Servidores Públicos, no sentido amplo do termo. No respeitante, há recente acórdão da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, onde se lê que os Agentes Notariais e Oficiais Registradores são Servidores Públicos *lato sensu*’ (*Jornal do Comércio*, RJ, 13-3-2002, rel. Fernando Gonçalves). E, segundo menciona Walter Ceneviva, em seus comentários à Lei, o Ministro Celso de Mello já havia qualificado esses agentes como Funcionários Públicos, cumprindo invocar o

RE n. 178.236 do Plenário. Assim, têm-se, na espécie, Servidores Públicos em sentido amplo, mas titulares de serviços privados, com todo o contorno de público. Daí por que, conforme os §§ 1º e 3º do art. 236, se submetem eles ao concurso público aludido no art. 37 da Constituição Federal, e à fiscalização Estatal, além da aposentadoria compulsória [...]. É, pois, preciso deixar bem clara essa condição de Servidores Públicos dos Notários e Registradores, para daí partirmos para a questão que diz com sua responsabilidade jurídica. Mas, especificamente à civil, mais importante que Tabeliães e Oficiais Registradores passam a fazer a vez do próprio Estado, dada a delegação constitucional. Veja-se que, embora de titularidade do Poder Público, não pode este explorar diretamente essas atividades, porque vedado pelo art. 236, que as delega ao particular. Por isso que remota essa titularidade, presente outorga condicionada de sobejo e até pela Carta Maior, a restringir sobremaneira o poder discricionário da Administração (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 14. ed. atual. Ed. Revista dos Tribunais). [...] É justamente na categoria ‘prestadoras de serviço público’ que se incluem as serventias cuidadas, dada a delegação que lhes é outorgada’ (in Colocações sobre a Responsabilidade Civil e Penal dos Notários e Registradores, Ivan Ricardo Garisio Sartori, Juiz do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo e Membro da Academia Paulista de Magistrados, *RJTACrim*, São Paulo, nov./dez. 2002).

Bem ensina o culto e abalizado Juiz Paulista José Renato Nalini que “o notário brasileiro é o do tipo latino. O notário é um funcionário público a título *sui generis*, pois remunerado diretamente pela parte, mediante custas e emolumentos. Além disso, é titular da fé pública e está vinculado ao Poder Judiciário, que lhe fiscaliza os atos de ofício e exerce disciplina administrativa. A Constituição da República não inovou a respeito. A delegação apenas restou explicitada na lei fundamental. Continuam os notários exercentes de função pública” (in A responsabilidade civil do notário, *RJTJSP* 130/19).

O Juiz de Direito de São Paulo Dr. Rui Stoco dirimiu sobre a temática nos seguintes termos:

“Com a vinda a lume da Constituição Federal, em 5-10-88, o art. 236 previu a regulação das atividades dos notários, oficiais do registro e seus prepostos, nos seguintes termos: ‘Art. 236. Os ser-

viços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público. § 1º. Lei regulará as atividades, disciplinará a responsabilidade civil e criminal dos notários, dos oficiais de registro e de seus prepostos, e definirá a fiscalização de seus atos pelo Poder Judiciário. § 2º. Lei federal estabelecerá normas gerais para a fixação de emolumentos relativos aos atos praticados pelos serviços notariais e de registro. § 3º. O ingresso na atividade notarial e de registro depende de concurso público de provas e títulos, não se permitindo que qualquer serventia fique vaga, sem abertura de concurso de provimento ou remoção, por mais de seis meses’.

“Como se verifica, à lei regulamentadora pouco restou, considerando as margens estabelecidas pela própria Carta Magna. Da disposição transcrita ressumam claro alguns aspectos importantes: a) os serviços notariais e de registro têm natureza pública, como, aliás, nunca se controverteu, até porque a própria CF/88 dispôs no art. 22, n. XXV, competir privativamente à União legislar sobre registros públicos; b) esses serviços serão exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público, com fiscalização dos atos praticados pelo Poder Judiciário como, aliás, ocorria antes mesmo da colocação em vigor da lei sob comentário; c) o titular da serventia só pode ingressar na atividade notarial e de registro através de concurso público de provas e títulos. Antes mesmo da edição da lei ordinária regulamentadora, por força do disposto no art. 236 da CF/88, já se podia afirmar que o titular da serventia extrajudicial continuaria sendo servidor público, posto que só se exige concurso público para admissão de servidor com essa qualidade.

[...]

“É certo que a Lei 8.935/94 como que ‘privatizou’ os serviços notariais e de registro, não obstante atribuição do Poder Público, de modo que agora passa a ser exercido por delegação do Estado. Sendo certo, ainda, que, a partir de então, os funcionários dessas serventias passam a ser admitidos sem qualquer vínculo com o Poder Público, ligados, sob o regime da Consolidação das Leis do Trabalho, apenas e tão-somente ao titular da serventia contratante, estabelecendo-se entre eles um contrato de trabalho, tanto que o Poder Judiciário já não mais terá qualquer poder censório ou disciplinar sobre eles, mantido, evidentemente, o seu poder fiscalizatório sobre os atos praticados. Não menos certo, porém, que o titular

– Notário ou Registrador – atua como agente público, devendo ser considerado típico servidor público. Tanto isso é correto que, segundo a Lei Magna e a lei de regência dos serviços notariais e de registros, a aquisição do direito de delegação para o exercício da atividade depende da aprovação em concurso público de provas e títulos, preenchidos requisitos só exigíveis para o ingresso na atividade estatal. Ademais, submetem-se a punições administrativas por faltas disciplinares, também só impostas a servidores típicos, e só perdem a delegação por sentença judicial transitada em julgado, ou por decisão proferida em processo administrativo, assegurados o contraditório e a ampla defesa, garantias essas também só concedidas aos servidores estáveis.

“Por fim, anotem-se características e atributos encontráveis apenas nessa classe de servidores, como: ‘a) o serventuário é investido, em caráter permanente, em cargo público, criado por lei, com denominação própria; b) a serventia é regulada por lei, com atividade sujeita à hierarquia administrativa e fiscalização do Poder Judiciário; c) o acesso aos cargos de titular depende de concurso público (CF/88, art. 236, §§ 1º e 3º), embora o Cartório desempenhe, por delegação do Estado, atividade de caráter privado; d) os emolumentos e custas têm o crivo de receita pública, tanto que o § 2º do art. 236 da CF/88 preceitua que ‘Lei federal estabelecerá normas gerais para a fixação de emolumentos relativos aos atos praticados pelos serviços notariais e de registro’ (STJ, RDA 191/148); e) aplicam-se a estes agentes as disposições do art. 40, II, da Constituição Federal (aposentadoria compulsória aos 70 anos de idade), como ficou exaustivamente demonstrado pela jurisprudência acima abroquelada’.

[...]

“Em resumo, segundo as considerações acima expendidas, podemos concluir que: a) Os Notários e Registradores, titulares de serventias extrajudiciais, sob a vigência da Lei 8.935/94, devem ser considerados ‘agentes públicos’, equiparados, pois, aos servidores públicos típicos; [...]” (in Responsabilidade Civil dos Notários e Registradores, RT 714, p. 44-55).

Com o mesmo entendimento colhe-se de artigo publicado pelo Juiz de Direito e ex-Procurador do município de Fortaleza Dr. Ricardo Cunha Porto:

“Embora os serviços notariais sejam exercidos em caráter privado, decorrem de delegação do Poder Público, e é irrefutável a sua presença no cotidiano do cidadão comum, seja para a simples lavratura de um assento de nascimento, seja para lavratura de uma escritura pública de transferência de propriedade de alto valor financeiro, razão pela qual essa atividade caracteriza-se como pública por excelência, fazendo com que o tema sobre a responsabilidade civil dos que a exercem seja de alta relevância [...] *No bojo da classe dos servidores públicos, encontra-se o grupo dos serventuários, distinguindo-se dos funcionários públicos.* Uns e outros são investidos em cargos criados por lei, porém, enquanto estes percebem vencimentos dos cofres públicos, aqueles podem, conforme a lei local que os rege, e quando não percebam vencimentos como os funcionários públicos em geral, auferir pagamento pelos serviços que prestam, por meio de custas e emolumentos. O serventuário é órgão indireto do Estado, por tratar-se de órgão privado no exercício de função pública, remunerado pelas partes ou interessados, ao invés de o ser pelo Estado, como acontece com o que é funcionário. O artigo 236 do ordenamento constitucional vigente previu a regulamentação das atividades dos Notários, Oficiais do Registro e seus prepostos, deixando para a lei infraconstitucional regulamentadora pouco a normatizar, haja vista os parâmetros constitucionalmente prefixados. Extrai-se do preceito constitucional alguns aspectos bastante claros, quais sejam: os serviços notariais e de registro têm natureza pública; tais serviços serão exercidos em caráter privado, porém por delegação do Poder Público, com fiscalização dos seus atos pelo Poder Judiciário; o ingresso na serventia pressupõe prévio concurso público de provas e títulos [...] 3. AGENTE PÚBLICO: CONCEITO. São da lavra do insigne jurista CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO os seguintes ensinamentos: ‘Todos aqueles que servem ao Poder Público, na qualidade de sujeitos expressivos de sua ação, podem ser denominados agentes públicos. Com efeito, esta locução é a mais ampla e compreensiva que se pode adotar para referir englobadamente as diversas categorias dos que, sob títulos jurídicos diferentes, atuam em nome do Estado’ (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Regime Constitucional dos servidores da Administração Direta e Indireta*. São Paulo: RT, 1990. p. 5-6.) [...] Segundo disposição expressa da Constituição Federal, como já vimos, os serviços Notariais e de Registro são exercidos em caráter privado, contudo por delegação do Poder Público. O Notário executa serviço públi-

co de características especiais, sob o amálgama de função pública, tanto que o serventuário é investido no cargo público em caráter permanente, cargo esse criado por lei, com denominação própria. A serventia é regulada por lei, com atividade sujeita à hierarquia administrativa e fiscalização do Poder Judiciário e o acesso aos cargos depende de concurso público. Assim sendo, embora desempenhem, por delegação do Estado, atividades de caráter privado, os Notários e Registradores guardam a qualificação de servidores públicos, inclusive, os emolumentos e custas têm o crivo de receita pública, bem como a eles aplicam-se as disposições do artigo 40, inciso II, da CF/88 (aposentadoria compulsória aos setenta anos de idade)” (*Revistas PGM*, 1998, Ano 5, v. 6, A Lei n. 8.935/94 e a Responsabilidade Civil dos Notários e Registradores) (g.m.).

Destarte, diante das particularidades encontradas pelos servidores delegados com os servidores de cargo efetivo, deve ser aplicado o princípio constitucional da isonomia e da igualdade, princípio este bem acentuado na administração pública.

É de ser observada a inteligência de Celso Bastos sobre o princípio da isonomia:

“Desde priscas eras tem o homem se atormentado com o problema das desigualdades inerentes ao seu ser e à estrutura social em que se insere. Daí ter surgido a noção de igualdade a que os doutrinadores comumente denominam igualdade substancial. Entende-se por esta a equiparação de todos os homens no que diz respeito ao gozo e fruição de direitos, assim como a sujeição a deveres”.

Ainda o entendimento de Bastos sobre a redação constitucional:

“A expressão atual ‘sem distinção de qualquer natureza’ é meramente reforçativa da parte inicial do artigo. Não é que a lei não possa comportar distinções. O papel da lei na verdade não é outro senão o de implantar diferenciações. O que não se quer é que, uma vez fixado o critério de discriminação (p. ex.: ser portador de título universitário para exercer determinada profissão), um outro elemento venha interferir na abrangência desta mesma discriminação. Aí por exemplo se diria: as pessoas com mais de quarenta anos de idade ficam dispensadas do referido título. Nisto, portanto, reside a essência do princípio igualizador. É o impedir que critérios o mais das vezes subalternos, portadores de preconceitos ou mesmo voltados

à estatuição de benefícios e privilégios, possam vir a interferir em uma discriminação justa e razoável feita pela lei” (*Curso de Direito Constitucional*. 13. ed., São Paulo: Saraiva, 1990. p. 168-169).

Deve ser consignado que o renomado doutrinador Alexandre de Moraes, em recente publicação de sua obra “Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional”, diga-se, posteriormente à EC n. 20/98, discorreu sobre a temática, positivando-se pela compulsória aos notariais, *verbis*: “Ressalte-se, ainda, que os notários referidos no art. 236 da Constituição Federal estão sujeitos às regras de idade da aposentadoria compulsória em virtude de idade, sem, contudo, fazerem jus ao recebimento de benefícios de aposentadoria de servidor público” (3. ed. São Paulo, Atlas, 2003. p. 943).

O Superior Tribunal de Justiça, em recentes julgados, vem-se posicionando no mesmo sentido:

“CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. TITULAR DE CARTÓRIO. APOSENTADORIA COMPULSÓRIA. ART. 40, II, DA CARTA MAGNA. Os titulares de serventia de notas e registros são servidores públicos, aplicando-se-lhes o dispositivo constitucional relativo à aposentadoria compulsória aos setenta anos de idade (CF, art. 40, II). Precedentes” (ROMS n. 15344/MG, rel. Min. FELIX FISCHER, j. em 25-2-2003, DJU 31-3-2003).

Ainda:

“CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. ATIVIDADE NOTARIAL. TITULAR DE CARTÓRIO. APOSENTADORIA COMPULSÓRIA. EC 20/98. INOVAÇÃO. PEDIDO. SUPRESSÃO. INSTÂNCIA. 1. A aposentadoria compulsória é automática, com vigência a partir do dia imediato àquele em que o servidor atingir a idade-limite de permanência no serviço ativo. 2. Os titulares de cartório — notários e oficiais registradores — sujeitam-se à aposentadoria compulsória aos setenta (70) anos de idade” (ROMS n. 12512/MG, rel. Min. FERNANDO GONÇALVES, j. em 26-11-2002, DJU 19-12-2002).

Por fim:

“ADMINISTRATIVO – RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA – ATO DE APOSENTAÇÃO –

LEGALIDADE – ATIVIDADE NOTARIAL – TITULAR DE
CARTÓRIO – APOSENTADORIA COMPULSÓRIA – 70
(SETENTA) ANOS.

“1 – Não se encontra eivado de nulidade o ato acoimado, estando, o mesmo, consubstanciado na legalidade. A exegese do art. 39, da Lei n. 8.935/94, é clara no sentido de que o instituto da aposentadoria determina, necessariamente, a extinção do vínculo, seja aquela facultativa ou compulsória. A Lei não tem o condão de invalidar o preceito constitucional, a cujo comando deve ajustar-se.

“2 – Ademais, consoante remansosa jurisprudência desta Corte Superior de Uniformização Infraconstitucional e do Colendo Supremo Tribunal Federal, os oficiais de registro e notários são servidores públicos em sentido lato, sujeitando-se ao disposto no art. 40, II, da Constituição Federal, que prevê a aposentadoria compulsória aos 70 (setenta) anos de idade.

“3 – Precedentes (STF, RE n. 178.236/RJ (Pleno) e 189.736/SP e STJ, RMS n. 733/SP e AGRREGMC n. 2.109/MG).

“4 – Recurso conhecido, porém, desprovido” (ROMS n. 12724/MG, rel. Min. JORGE SCARTEZZINI, j. em 6-8-2002, DJU 28-10-2002).

Abstrai-se do voto:

“[...] a controvérsia em questão cinge-se em saber se os titulares de serventias de notas e registros se incluem entre os servidores públicos *lato sensu*, submetidos às mesmas regras para a aposentadoria compulsória prevista no art. 40, II, da CF.

“Ora, o Pretório Excelso já pacificou o tema, ao assim decidir:

“Titular de Ofício de Notas da Comarca do Rio de Janeiro. Sendo ocupantes de cargo público criado por lei, submetido à permanente fiscalização do Estado e diretamente remunerado à conta de receita pública (custas e emolumentos fixados por lei), bem como provido por concurso público estão os serventuários de notas e de registro sujeitos à aposentadoria por implemento de idade (artigos 40, II, e 236, e seus parágrafos, da Constituição Federal de 1988). Recurso de que se conhece pela letra *c*, mas a que, por maioria de votos, nega-se provimento” (STF, Pleno, RE n. 178.236/RJ, rel. Ministro OCTÁVIO GALOTTI, DJU de 11-4-1997).

“Anoto, na mesma linha do ilustre Ministro GILSON DIPP (RMS 8.041/RJ) que a Lei n. 8.935/94, ‘[...] que regulamentou o art. 236 da Constituição Federal, considera que a natureza pública inerente às funções notariais atribui aos oficiais o mesmo tratamento dispensado aos servidores públicos, assim considerados em sentido amplo’. Assim, os oficiais de registro e notário são servidores públicos em sentido lato, sujeitando-se ao disposto no artigo 40, II, CF/88, que prevê a aposentadoria compulsória aos 70 (setenta) anos de idade (STF, RE n. 189.736/SP, rel. Ministro MOREIRA ALVES, DJU de 27-9-1996).

[...]

“Ademais, faço constar que a recorrente trouxe, por via de agravo regimental, apensado a este processo, o Projeto de Lei da Câmara Federal n. 86/96, que modifica o § 1º do artigo 39 da Lei n. 8.935/94. À época, o projeto estava indo à sanção presidencial, sendo certo, hoje, portanto, o pronunciamento do Presidente da República com o veto ao referido projeto. A respeito do tema, pronunciou-se o Exmo. Ministro FERNANDO GONÇALVES, no julgamento do RMS n. 11.991/MG, DJ de 1º-4-2002, *in verbis*:

‘Acerca da matéria, sem divergência de monta, o entendimento pretoriano orienta-se nesta linha. Mais recentemente, no entanto, o Congresso Nacional fez encaminhar à Presidência da República o Projeto de Lei n. 86, de 1996, alterando o § 1º do art. 39 da Lei n. 8.935, de 18 de novembro de 1994, que regulamenta o art. 236 da Constituição Federal, dispondo sobre os serviços notariais e de registro. A norma (§ 1º do art. 39 da Lei 8.935, de 1994) com a alteração proposta tem a redação seguinte:

‘Art. 39 [...]

‘§ 1º - Dar-se-á aposentadoria facultativa ou por invalidez nos termos da legislação a que se refere o art. 201 da Constituição Federal, permanecendo inaplicável a aposentadoria compulsória por implemento de idade’.

‘O projeto todavia, foi vetado, em sua integralidade, pelo Senhor Presidente da República, com apoio nos pronunciamentos dos Ministérios da Justiça e da Previdência e Assistência Social, nos termos seguintes (DJ de 21-12-2001 — Seção 1 — p. 12 — Mensagem 1.414, de 20 de dezembro de 2001):

‘Senhor Presidente do Senado Federal, Comunico a Vossa Excelência que, nos termos do § 1º do art. 66 da Constituição Federal, decidi vetar integralmente, por inconstitucionalidade, o Projeto de Lei n. 86, de 1996 (n. 1.536/96 na Câmara dos Deputados), que ‘Altera o § 1º do art. 39 da Lei n. 8.935, de 18 de novembro de 1994, que regulamenta o art. 236 da Constituição Federal, dispondo sobre os serviços notariais e de registro’.

‘Ouidos, os Ministérios da Justiça e da Previdência e Assistência Social assim se manifestaram:

‘A proposição legislativa em exame objetiva a alterar o § 1º do art. 39 da Lei n. 1.536/96, com o fito de explicitar as normas da legislação previdenciária federal aplicáveis à aposentadoria dos notários e registradores, afastada a regra da aposentadoria compulsória destes por implemento de idade.

‘A Constituição de 1988 estabeleceu que os serviços notariais e de registro são função pública a ser exercida em caráter privado, por delegação do Poder Público. Estabeleceu, ainda, a forma de ingresso na atividade notarial e de registro, mediante concurso público de provas e títulos, e determinou que lei ordinária, atual Lei n. 8.935/94, disciplinasse a fixação de emolumentos relativos aos atos praticados pelos serviços notariais e de registro a responsabilidade civil e criminal dos notários, dos oficiais de registro e de seus prepostos e a fiscalização de seus atos pelo Poder Judiciário.

‘De fato, a nova ordem constitucional trouxe acentuada transformação da matéria, que logo refletiu na doutrina e jurisprudência, na medida em que criou um sistema híbrido que apresenta características, tanto do setor privado, quanto do setor público. Contudo, no que se refere à matéria em exame, o Supremo Tribunal Federal, guardião e intérprete da Constituição, assentou em sua jurisprudência, a partir do julgamento, pelo Pleno, do RE n. 178.236/RJ, rel. Min. Octávio Gallotti, que os tabeliães e os oficiais registradores sujeitam-se ao mesmo regime constitucional de aposentadoria por implemento de idade, assim ementado:

‘Titular de Ofício de Notas da Comarca do Rio de Janeiro.

‘Sendo ocupantes de cargo público criado por lei, submetido à permanente fiscalização do Estado e diretamente remunerado à conta de receita pública (custas e emolumentos fixados em lei),

bem como provido por concurso público – estão os serventuários de notas e registro sujeitos à aposentadoria por implemento de idade (artigos 40, II, e 236, e seus parágrafos, da Constituição Federal de 1988).

‘Recurso de que se conhece pela letra *c*, mas a que, por maioria de votos, nega-se provimento’.

‘Segundo a orientação acima transcrita, é inegável que a atividade notarial e registral, ainda que delegada ao particular, constitui função eminentemente pública, vez que revestida de estatalidade, ‘consistente no exercício do poder certificante, destinado a atestar a veracidade e a legitimidade de determinados fatos e atos jurídicos’ (RE n. 234.935, rel. Min. Celso de Mello, julgado em 24-6-99).

‘Também esse foi o fundamento preconizado pelo Min. Celso de Mello no voto em que proferiu no RE n. 178.236/RJ: ‘o próprio exame do vigente texto constitucional permite concluir pela estatalidade dos serviços notariais e registrais, autorizando, ainda, o reconhecimento de que os Serventuários incumbidos do desempenho dessas relevantes funções qualificam-se como típicos servidores públicos, pois (a) só podem exercer as atividades em questão por delegação do Poder Público (CF, art. 236, *caput*), (b) estão sujeitos, no desempenho de suas atribuições funcionais, à permanente fiscalização do Poder Judiciário (CF, art. 236, § 1º) e (c) dependem para o ingresso na atividade notarial e de registro, de prévia aprovação em concurso público de provas e títulos (CF, art. 236, § 3º), que constitui, no magistério da doutrina o instrumento destinado à seleção de quem se empenha a ingressar nos quadros do serviço público [...]’ (CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição de 1988*. v. IX/4626. 1993, Forense Universitária)’.

‘É certo que a decisão prelecionada foi julgada com arrimo no texto constitucional anterior à mencionada Emenda Constitucional n. 20/98 que imprimiu nova redação ao art. 40 da CF/88. Contudo, ante a nova ordem, ainda que em decisão monocrática, o Supremo manteve a orientação reiterada em diversos pronunciamentos plenários anteriores.

‘Neste sentido é a decisão prolatada no SS n. 1.941/PE, Min. rel. Carlos Velloso, publicada no DJU de 19-2-2001, que utilizou como razões de decidir a jurisprudência assentada naquela Corte a partir

do julgamento do RE n. 178.236/RJ, rel. Min. Octávio Gallotti: ‘Convém salientar que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que os tabeliães são servidores públicos e estão sujeitos à aposentadoria por implemento de idade (artigos 40, II e 236 e seus parágrafos, da Constituição Federal). (RE n. 178.236/RJ, Gallotti, Plenário, 7-3-96, RTJ 162/773; RE n. 189.741/SP, Velloso, 2ª Turma, 25-11-97). Em 24-6-99, após, portanto, à EC 20/98, o eminente Ministro Celso de Mello, deu aplicação à mencionada jurisprudência (RE n. 234.935/SP, DJ de 9-8-2000)’.

‘É certo que o eminente Ministro assim se posicionou em sede não cognitiva de mérito. Mas, houve por bem ressaltar a decisão proferida, após as alterações trazidas pela EC n. 20/98, no RE n. 234.925/SP, DJ 9-8-99, rel. Min. Celso de Mello, julgada em 24-6-99, da qual se destaca a seguinte passagem: ‘Os serventuários extrajudiciais, portanto, exercem função eminentemente pública e, considerados os elementos que emergem da norma inscrita no art. 236 da Carta Política, são suscetíveis, no plano estritamente jurídico-administrativo, de qualificação formal como servidores públicos (RE n. 189.736/SP, rel. Min. Moreira Alves), na linha do próprio entendimento que tem prevalecido, desde o regime constitucional anterior, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (RDA 54/281 – RTJ 68/293 – RTJ 126/772-773)’.

‘Note-se que a lei vigente é omissa acerca da questão da aposentadoria compulsória, estabelecendo, tão-somente, que os notários e registradores submetem-se às regras de aposentação previdenciária, o que torna claro que não será a lei ordinária o instrumento capaz de afastar a norma de aposentadoria compulsória por implemento de idade, uma vez que sua aplicação decorre de disposição constitucional.

‘Em que pese não ter o STF enfrentado a matéria, em exame, em sede cognitiva de mérito, após a alteração trazida pela EC n. 20/98 ao artigo 40 da CF, o que se depreende de suas decisões monocráticas é a permanência do posicionamento anterior, reiterado em diversos pronunciamentos plenários. Ademais, a questão da aposentação compulsória por implemento de idade deverá sempre ser dirimida por interpretação constitucional e não por legislação ordinária.

‘Pelas razões expostas, e ante reiterada jurisprudência assentada pela Suprema Corte, que define os notários e registradores como

servidores públicos que desempenham função pública, resta inviável a proposta *sub examine*, que pretende excluir a aposentadoria compulsória daqueles agentes públicos’.

‘Estas, Senhor Presidente, as razões que me levaram a vetar o projeto em causa, as quais ora submeto à elevada apreciação dos Senhores Membros do Congresso Nacional’.

‘Como se vê, nada ou quase nada resta a ser debatido sobre a controvérsia, resultando líquido e certo que notários e registradores submetem-se à aposentadoria compulsória. E, apenas para argumentar, ainda que o veto seja rejeitado, malgrado versar tema eminentemente constitucional, a disposição em causa não terá aplicabilidade à recorrente, pois, como de elementar ciência, a lei não tem efeitos retrooperantes, e a idade-limite, como já consignado, foi alcançada em 20 de agosto de 1998’.

Por tudo o que foi exposto, tem-se que, mesmo após a EC n. 20/98, que deu nova redação ao *caput* do art. 40 da CF para que nele constasse *servidor titular de cargo efetivo*, não restou afastada a sua aplicação aos ocupantes de cargos por delegação, mantendo-se a aplicação aos mesmos, portanto, do comando constitucional insculpido no art. 40, inciso II, da Constituição Federal, qual seja, a obrigatoriedade da aposentadoria compulsória aos setenta anos de idade.

Penso que a ausência de limite temporal referente à aposentadoria dos notários permitirá que eles ocupem o cargo indefinidamente, até o momento de seu falecimento, obviamente. Isso implica dizer que nem sempre o cargo será ocupado por indivíduo que tenha condições para tanto, porque sabidamente os efeitos da idade se fazem sentir a certa altura, ainda que hodiernamente tenha-se prolongado, em muito, o pleno exercício das capacidades mentais e físicas do ser humano.

Mas não se pode perder de vista que a função em tela é regida pela supremacia do interesse público sobre o particular, “o que torna intuitiva a aplicação da regra contida no artigo 40, §1º, II, da Constituição Federal”.

Contudo, observo que em razão da nova orientação do Supremo Tribunal Federal, os tribunais pátrios estão modificando seu anterior posicionamento de forma efetiva. Permito-me, nada obstante, divergir.

Finalmente, a ausência do efeito vinculante na matéria autoriza que se aplique ao caso o prefalado princípio constitucional da razoabilidade e este, *data venia*, só pode ser o da sujeição à aposentadoria compulsória aos 70 (setenta) anos de idade.

Essas, pois, são as razões do dissenso.

Vanderlei Romer

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Fernando Carioni

Divergi da douta maioria, acompanhando o entendimento perfilhado pelo Exmo. Sr. Des. Vanderlei Romer, o qual se encontra consignado nas razões lançadas às fls. 313 a 334, pedindo vênias para nela assentir, por ser o substrato do meu entendimento.

Fernando Carioni

SEÇÃO CIVIL

MANDADO DE SEGURANÇA

Mandado de Segurança n. 2005.039652-8, da Capital

Relatora: Desa. Maria do Rocio Luz Santa Ritta

MANDADO DE SEGURANÇA. OFICIAL DE CARTÓRIO DE REGISTRO DE IMÓVEIS. APOSENTAÇÃO COMPULSÓRIA. INEXTENSIBILIDADE. ART. 40, § 1º, II, DA CF, NA REDAÇÃO DA EC N. 20. ORDEM CONCEDIDA.

1. A Constituição da República, na atual redação do art. 40, *caput* e §1º, inc. II (EC n. 20 e 41), restringe a incidência da aposentadoria compulsória aos servidores públicos titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas autarquias e fundações, situação não extensível, portanto, aos Oficiais de Cartório de Registro de Imóveis, na ontologia dos serviços notariais e de registro. Registradores e Notários não titularizam cargos públicos, unidades indivisíveis de competência retribuídas por pessoas jurídicas de Direito Público e submetidos ao regime jurídico estatutário. Embora sejam agentes públicos em sentido amplo, providos por concurso público e controlados pelo Poder Judiciário, exercem a atividade em caráter privado (art. 236 da CF), não havendo sujeição a regime estatutário e tendo seus atos “remunerados por pessoas naturais ou jurídicas (as partes) e não pelo Estado” (CENEVIVA, Walter. *Lei dos notários*

e dos registradores comentada. Lei n. 8.935, de 18-11-1994. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 21). Não se cuidando, assim, da titularização de cargo público efetivo, e integrando tais agentes, na realidade, a categoria híbrida dos particulares em colaboração com o Estado, não lhes é aplicável o instituto da aposentação imposta. Precedentes.

2. Segurança concedida.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança n. 2005.039652-8, da Capital (Tribunal de Justiça), em que é impetrante Selma Terezinha Granzotto Neves, e impetrado o Presidente do Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

ACORDAM, em Seção Civil, por maioria, conceder a segurança para assegurar à impetrante o direito de permanecer na função de Oficial do Cartório de Registro de Imóveis da comarca de Anita Garibaldi. Custas de lei.

RELATÓRIO

Tratam os autos de mandado de segurança preventivo impetrado por Selma Terezinha Granzotto Neves, Oficial do Cartório de Registro de Imóveis da comarca de Anita Garibaldi, contra suposto ato a ser levado a efeito pelo Desembargador Presidente deste Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina para aposentá-la compulsoriamente em virtude da proximidade do implemento do septuagésimo aniversário (6-2-2006).

Deferida a liminar requestada (fl. 101-104) e prestadas informações pela autoridade coatora, em defesa do ato impugnado (fls. 116-125), sobreveio parecer da Procuradoria-Geral de Justiça pela

denegação da ordem (fls. 130-136), vindo os autos conclusos para julgamento (art. 10 da Lei n. 1.533/51).

VOTO

1. A inextensibilidade, aos notários e registradores titulares de cartórios extrajudiciais (art. 236 da CF), da aposentadoria compulsória constitucionalmente prevista para os servidores públicos (art. 40, § 1º, II, da CF) foi consolidada no ordenamento jurídico com a superveniência da Emenda Constitucional n. 20, de 15-12-1998. Em face da atual redação atribuída à Constituição da República, a questão não comporta maiores discussões, encontrando pacificidade no âmbito dos Tribunais Superiores e enlaçando reflexos, por extensão, na jurisprudência, inclusive plenária desta Corte Estadual.

Com efeito. Em face do regime jurídico anterior à Emenda Constitucional n. 20, a aposentadoria compulsória aos setenta anos de idade se afigurava extensível ao “servidor público”, termo genérico constante da redação do art. 40, *caput*, da CF. Por isso que, considerados servidores públicos em sentido amplo (cf. RE n. 189.736/SP, Min. Moreira Alves), isto é, compreendidos no conceito de agentes públicos, os titulares de serventias extrajudiciais se viam sujeitos ao preceito constitucional, aplicando-se-lhes a aposentação competitiva.

O panorama, contudo, é atualmente diverso na ontologia dos serviços notariais e de registro. É que a redação do art. 40, *caput*, da Constituição Federal sinaliza que a aposentadoria compulsória, prevista no § 1º, inc. II, é aplicável unicamente aos “servidores públicos titulares de cargos efetivos”. Cargos públicos, em conceituação corrente (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 234), são unidades indivisíveis de competência a serem desempenhadas por agentes públicos, retribuídos

por pessoas jurídicas de Direito Público, normalmente providos por concurso (cargos efetivos) e submetidos ao regime jurídico estatutário. Ora, é visível a incompatibilidade desses atributos com os serviços notariais e de registro. Estes, embora atualmente providos por concurso público e controlados pelo Poder Judiciário, são exercidos em caráter privado (art. 236 da CF), ou seja, têm seus atos “remunerados por pessoas naturais ou jurídicas (as partes) e não pelo Estado. Por isso diz-se que são titulares de serventias não oficializadas, querendo, assim, afirmar que se trata de serviços não estatizados” (CENEVIVA, Walter. *Lei dos notários e dos registradores comentada*:. Lei 8.935, de 18-11-1994. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 21). Não se cuida, portanto, de titularizar um cargo público efetivo, e nem há forma de equiparação, ausente, também, a subsunção ao regime jurídico estatutário. Note-se, aliás, que a própria vinculação previdenciária dos notários e registradores de justiça (e dos escreventes e auxiliares), investidos no ofício após a publicação da Lei n. 8.935/94, passou a dar-se diretamente perante o INSS, apenas assegurando-se aos anteriormente investidos o direito de opção entre os regimes geral e especial de previdência social (art. 40, parágrafo único, da Lei n. 8.935/94; art. 1º da Portaria MPAS n. 2.071/95; e Walter Ceneviva, op. cit., p. 206-210).

Os notários e registradores, na realidade, em titularizando as serventias extrajudiciais, integram a categoria híbrida dos chamados particulares em colaboração com o Estado, “composta por sujeitos que, sem perderem sua qualidade de particulares – portanto, de pessoas alheias à intimidade do aparelho estatal (com exceção único dos recrutados para serviço militar) –, exercem função pública”, dentre os quais os “concessionários e permissionários de serviços públicos, bem como os delegados de funções ou ofícios públicos, quais os titulares de serventias da Justiça não oficializada, como é o caso dos notários, *ex vi* do art. 236 da Constituição, e bem assim os outros sujeitos que

praticam, com o reconhecimento do Poder Público, certos atos dotados de força jurídica oficial” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 233). Claro está, por conseguinte, que não titularizam cargos públicos estruturados em carreira, de forma escalonada em degraus, achando-se uns mais à frente em relação a outros. Esse regime, típico dos servidores públicos, é incompatível com a delegação prevista na Lei Maior, em que os delegatários das serventias, por consectário da própria definição legal, exercem atividade tipicamente empresária, em caráter privado, limitrofe à levada a efeito pelos concessionários dos serviços públicos. Daí a observação, freqüente na doutrina, de que os notários e registradores não “estão submetidos a carreiras. *Não há cargos*, não há classe, não há carreira para notários e registradores, como existem para os funcionários públicos. O termo serventia, contido no texto, indica especificamente serviço e não função que está ligada a cargo, classe e carreira, atividades específicas dos funcionários públicos” (PEREIRA, Antônio A. *Comentários à Lei n. 8.935*. Edipro, 1995. p. 54) – grifei.

Por tudo, e em tudo, assim, a EC n. 20 excluiu da aposentação compulsória essa categoria de agentes públicos, e vários são os precedentes jurisprudenciais nesse sentido, cabendo transcrever, em ilustração:

Pela redação dada pela Emenda Constitucional n. 20/98, ao artigo 40 e seu parágrafo 1º e inciso II, da Carta Magna, a aposentadoria compulsória aos setenta anos só se aplica aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, tendo, sem dúvida, relevância jurídica a arguição de inconstitucionalidade do ato normativo em causa que é posterior a essa Emenda Constitucional sob o fundamento de que os notários e registradores, ainda que considerados servidores públicos em sentido amplo, não são, porém, por exercerem suas atividades em caráter privado por delegação do Poder Público,

titulares dos cargos efetivos acima referidos (STF — MC-ADIn n. 2.602-MG, Min. Moreira Alves).

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. NOTÁRIOS. INAPLICABILIDADE DA APOSENTADORIA COMPULSÓRIA. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. O Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que os notários e os registradores não são titulares de cargo público efetivo (RE-AgR n. 385667-PE, Mina. Carmen Lúcia, j. 17-10-2006).

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. TITULARES DO FORO EXTRAJUDICIAL. APOSENTADORIA COMPULSÓRIA. EMENDA CONSTITUCIONAL N. 20/98.

1. Secundando o entendimento firmado no âmbito do Supremo Tribunal Federal com a edição da Emenda Constitucional n. 20/98, que alterou o artigo 40 da Constituição Federal, esta Corte Superior de Justiça reviu seu posicionamento antes consolidado, firmando-se no sentido de que a norma referente à aposentadoria compulsória somente é destinada aos servidores em sentido estrito, não abarcando o dispositivo constitucional, em consequência de tanto, os titulares de serventias do foro extrajudicial.

2. Agravo regimental improvido (AgRg no RMS n. 18.171/PE, rel. Min. Hamilton Carvalhido).

MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO GOVERNADOR DO ESTADO. RECONHECIMENTO. TITULAR DE REGISTRO IMOBILIÁRIO. SETENTA ANOS COMPLETADOS APÓS A EC 20/98. APOSENTADORIA COMPULSÓRIA. DESCAMBIMENTO. PRECEDENTES DO STF E DO STJ.

“Agravo regimental em recurso extraordinário. 2. Aposentadoria compulsória. Titulares das serventias de notas e registros. Art.

40, § 1º e inciso II, da Constituição Federal, em redação posterior à Emenda n. 20/98. 3. A aposentadoria compulsória aos setenta anos só se aplica aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações” (RE n. 417.362 AgR/PE, rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 3-9-2004, p. 33) (TJSC, MS n. 2005.015589-8, da Capital, Pleno, rel. Des. Salim Schead dos Santos).

MANDADO DE SEGURANÇA – APOSENTADORIA COMPULSÓRIA DE OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS – ATO DE COMPETÊNCIA DO PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA – ILEGITIMIDADE PASSIVA DO GOVERNADOR DO ESTADO – INAPLICABILIDADE DO INSTITUTO PREVISTO NO ART. 40, II, DA CF/88 AOS TITULARES DE SERVENTIA EXTRAJUDICIAL – EC N. 20/98 – ORDEM CONCEDIDA.

“A expedição de ato de aposentadoria compulsória de titular de cartório pelo Presidente do Tribunal de Justiça Estadual decorre das atribuições conferidas pela Lei n. 8.935/94 nos arts. 15 e 39” (STJ, RMS n. 19.706/SC).

“2. Os serviços de registros públicos, cartorários e notariais são exercidos em caráter privado por delegação do Poder Público — serviço público não-privativo.

“3. Os notários e os registradores exercem atividade estatal, entretanto não são titulares de cargo público efetivo, tampouco ocupam cargo público. Não são servidores públicos, não lhes alcançando a compulsoriedade imposta pelo mencionado artigo 40 da CB/88 – aposentadoria compulsória aos setenta anos de idade” (STF, ADIn n. 2602/MG) (TJSC — MS n. 2005.031195-3, da Capital, relator Des. Alcides Aguiar, Tribunal Pleno, julho de 2006).

MANDADO DE SEGURANÇA. OFICIAIS NOTÁRIOS E REGISTRADORES PÚBLICOS. REGIME DE DIREITO PRIVADO. AGENTES DELEGADOS. EXEGESE DO ART. 236 DA CRFB/88.

Estabelecendo o artigo 236 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 que os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público, seus oficiais não podem, portanto, ser considerados servidores públicos, ainda que sob o regime de fiscalização do Estado.

NOTÁRIOS E REGISTRADORES. APOSENTADORIA COMPULSÓRIA AOS SETENTA ANOS. APLICABILIDADE AO SERVIDOR ESTÁVEL DE CARGO EFETIVO. INTERPRETAÇÃO RESTRITA. NÃO INCIDÊNCIA DO § 2º, INC. II, DO ART. 40 DA CRFB/88.

Com o advento da Emenda Constitucional n. 20/98 e a consequente alteração do prescrito no artigo 40 da Constituição Federal, restringindo o regime previdenciário de “servidor” para “servidores titulares de cargos efetivos”, os notários e registradores, apesar de considerados servidores públicos em sentido amplo, não são titulares de cargos efetivos, ainda mais por exercerem atividades de caráter privado por delegação do Poder Público, não se sujeitando, portanto, à aposentadoria compulsória por implemento de idade prevista no citado artigo.

SERVIDORES PÚBLICOS. CARGO EFETIVO. EMENDA N. 20/98. APLICAÇÃO RESTRITIVA. INCIDÊNCIA DA LEI N. 8.935/94. NÃO PREVISÃO DE APOSENTADORIA COMPULSÓRIA POR IDADE. ORDEM CONCEDIDA.

Não sendo enquadrados como servidores públicos dentre os de cargos efetivos, os notários e registradores são submetidos à Lei n. 8.935, de 9 de novembro de 1994, editada para regulamentar o artigo 236 da Constituição Federal, não contemplando, em seu artigo 39, a hipótese de aposentadoria compulsória por idade (TJSC — MS n. 2000.008200-7, da Capital, relator Des. Carlos Prudêncio).

MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO – ILEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM* – GOVERNADOR DO ESTADO DE SANTA CATARINA – PRELIMINAR ACOLHI-

DA – APOSENTADORIA COMPULSÓRIA – TITULAR DE SERVENTIA EXTRAJUDICIAL NÃO ABRANGIDO PELO ARTIGO 40, II, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – APLICABILIDADE EXCLUSIVA AOS SERVIDORES EM SENTIDO ESTRITO – EMENDA CONSTITUCIONAL N. 20/98 – PRECEDENTES DOS TRIBUNAIS SUPERIORES – ORDEM CONCEDIDA.

É da atribuição do Poder Judiciário expedir ato de aposentadoria compulsória dos servidores titulares.

Recentes julgados dos Tribunais Superiores têm concluído que a aposentadoria compulsória prevista no art. 40, II, da Carta Magna somente é aplicável aos servidores em sentido estrito, não abrangendo os Titulares de Serventias Extrajudiciais (TJSC, Mandado de Segurança Preventivo n. 2005.017315-7, Pleno, rel. Des. Amaral e Silva).

O entendimento é secundado em sede doutrinária, conforme retrospecto dado por Hercules Alexandre da Costa Benício:

Releva considerar que, modificando por completo o seu tradicional posicionamento, na sessão plenária de 3 de abril de 2003, no julgamento da ADIn 2.602/MG, sob a relatoria do Min. Moreira Alves, o Supremo Tribunal Federal deferiu, à unanimidade de votos, o pedido liminar deduzido pela Associação de Notários e Registradores do Brasil – Anoreg/BR, no sentido de declarar a inconstitucionalidade do Provimento 55, de 5 de julho de 2001, da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais (*vide* Informativo STF 303 e DJ de 6-6-2003). O referido ato normativo determinava que os juízes diretores do foro das comarcas mineiras exercessem rigorosa fiscalização quanto ao implemento da idade de 70 (setenta) anos pelos oficiais de registro e tabeliães e que exarassem o ato de declaração de vacância do serviço notarial ou de registro, bem como que designassem, por meio de portaria, o substituto mais antigo que estivesse em exercício legal, para responder pelo expediente do respectivo serviço.

Esse novo posicionamento de nossa Corte Suprema fundamenta-se na mutação constitucional operada pela EC n. 20/1998, uma vez que a regra (art. 40, CF) que se referia apenas a “servidores

públicos” passou a tratar de “servidores públicos titulares de cargos efetivos”. A evolução jurisprudencial já havia sido iniciada em meados do mês de março de 2003, nas solicitações de medidas liminares para se conferir antecipação de tutela a recursos extraordinários que ventilaram o tema da aposentadoria compulsória dos notários e registradores do Estado de São Paulo. Por exemplo, na questão de ordem da Petição n. 2.980/SP, sob a relatoria da Min. Ellen Gracie, a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, na sessão de 18-3-2003, deferiu, à unanimidade, a medida cautelar requerida pela antiga oficiala que, antes da aposentação compulsória, exercia a titularidade do 10º Ofício de Registro de Imóveis da Capital de São Paulo. A concessão da mencionada medida impediu, em um primeiro momento, a delegação de tal serventia para qualquer recém-concurado, até o julgamento final do respectivo recurso extraordinário. Igual entendimento prevaleceu no julgamento da questão de ordem na Petição n. 2.903/SP, apreciada pela mesma 1ª Turma, na sessão de 1º-4-2003, sob a relatoria do Min. Moreira Alves.

Reforçando o entendimento firmado no recente *leading case* representado pela ADIn 2.602/MG, o Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária de 4 de junho de 2003, sob a relatoria do Min. Sepúlveda Pertence, deferiu, por unanimidade de votos, medida cautelar na ADIn 2.891/RJ (publicada no DJ de 27-6-2003), para declarar a inconstitucionalidade de dispositivos da Lei 3.893/2002 do Estado do Rio de Janeiro, que estendia aos tabeliães e registradores regime jurídico do quadro único de servidores do Poder Judiciário local. Ratificou-se, assim, a inexistência de compulsoriedade na aposentadoria por implemento de idade para os titulares de serviços notariais e de registro exercidos em caráter privado (*Responsabilidade civil do estado decorrente de atos notariais e de registro*. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2005. p. 153-154).

2. Com essas considerações, voto pela concessão da segurança para, exarando tutela inibitória relativamente ao ato de aposentação compulsória da impetrante, legitimar-lhe a remanência na função delegada de Oficial do Cartório de Registro de Imóveis da comarca de Anita Garibaldi.

3. Por fim, observo que "Na ação de mandado de segurança não se admite condenação em honorários advocatícios" (Súmula 105/STJ), registrando, de outro lado, que o art. 12 da Lei n. 1.533/51 "somente se refere às sentenças; os acórdãos concessivos de segurança em mandado de competência originária do Tribunal não estão sujeitos ao reexame *ex officio* por Tribunal Superior (RTJ 129/1.069)" (NEGRÃO, Theotonio. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 1.686).

DECISÃO

Ante o exposto, por maioria, a Seção Civil concede a segurança para assegurar à impetrante o direito de permanecer na função de Oficial do Cartório de Registro de Imóveis da comarca de Anita Garibaldi

Participaram do julgamento, com voto vencedor os Exmos. Srs. Des. Edson Ubaldo, Hilton Cunha Júnior, Francisco de Oliveira Filho, Alcides Aguiar, Anselmo Cerello, Carlos Prudêncio, Orli Rodrigues, Mazoni Ferreira, Volnei Carlin, Luiz César Medeiros, Nelson Schaefer Martins, Sérgio Roberto Baasch Luz, Luiz Carlos Freyesleben, Rui Fortes, Marcus Túlio Sartorato, Ricardo Fontes e Salim Schead dos Santos e os Exmos. Srs. Des. Subst. Sérgio Isidoro Heill e Joel Dias Figueira Júnior e, com voto vencido, os Exmos. Srs. Des. Vanderlei Romer e Fernando Carioni. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. João Fernando Q. Borrelli.

Florianópolis, 28 de março de 2007.

Francisco de Oliveira Filho

PRESIDENTE

Maria do Rocio Luz Santa Ritta

RELATORA

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Vanderlei Romer

Discordei de meus nobres pares porque estou convicto de que o titular de serventia extrajudicial está ao alcance da aposentadoria compulsória prevista na Constituição Federal.

Reconheço que a questão é controversa e tem suscitado acirrados debates, especialmente diante do atual posicionamento do Pretório Excelso, no sentido de que sobrevivendo a aposentadoria após a Emenda Constitucional n. 20/98, como aqui ocorre, os notários e oficiais de registro não estão sujeitos à aposentadoria compulsória por idade (Pet. n. 2.915, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU 16-5-03; Pet. n. 2.890/SP, rela. Mina. Ellen Gracie; RE n. 417362/PE, rel. Min. Gilmar Mendes, DJU 31-3-04), o que levou o Superior Tribunal de Justiça a rever seu entendimento anterior, qual seja, de que aqueles seriam servidores públicos em sentido lato, sujeitando-se, pois, ao disposto no artigo 40, inc. II, da Constituição Federal (Edcl no AgRg no RMS n. 15.947/PR, rel. Min. Gilson Dipp, DJU 5-8-04; RMS n. 16.151/MG, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJU 6-4-04).

Dentre os precedentes, destaca-se o RMS n. 016.069, relator o Ministro Gilson Dipp, que leva a efeito elucidativo estudo acerca do tema, bem como sua evolução nos tribunais.

O julgado enfocado traz a lume valiosas colocações doutrinárias que, efetivamente, levam, em um primeiro momento, à conclusão de que os notários e oficiais de registro não se submetem, realmente, à aposentadoria compulsória.

Todavia, não menos valioso é o estudo levado a efeito pelo ínclito Desembargador Fernando Carioni, ao proferir seu voto no Mandado de Segurança n. 2001.000175-1.

É oportuna sua transcrição:

Trata-se de mandado de segurança preventivo visando a possibilitar que a titular do Tabelionato de Notas e Protestos do Distrito-sede da comarca de Itaiópolis permaneça na função, mesmo após ter completado 70 (setenta) anos de idade.

A matéria vem tomando rumos diversos ao entendimento perfilhado pelos Tribunais Superiores, logo após o advento da Emenda Constitucional n. 20/98, que alterou a redação do artigo 40 da Constituição Federal, pondo em dúvida se os agentes que detêm função delegada pelo poder público são tidos, ou não, como servidores públicos *lato sensu*.

Tal dispositivo constitucional, após a emenda, passou a deter a seguinte redação:

“Art. 40. *Aos servidores titulares de cargos efetivos* da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo” (grifei).

Com a inclusão das palavras *titulares de cargos efetivos* gerou a controvérsia perante o Supremo Tribunal Federal que, em análise perfunctória da matéria feita na apreciação de liminar, vem limitando a aposentadoria compulsória somente aos titulares de cargos efetivos (Rcl n. 2.399MC/RJ, rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, DJU 9-9-2003; AI n. 457.786/MG, rel. Min. Nelson Jobim, DJU 10-10-2003; AC n. 116MC/RS, rel. Min. Carlos Britto, DJU 13-11-2003).

Para compreender o artigo 40 da CF/88, após a EC n. 20/98, faz-se necessária uma interpretação da norma constitucional seguindo um parâmetro de razoabilidade, impedindo, com isso, resultados injustos ou danosos ao bem comum, porquanto, adstringindo-se à letra fria da lei, acaba por cerrar os olhos quanto aos princípios sacramentados na Constituição Federal, tratando iguais como desiguais.

Segundo Linares Quintana, discorrendo sobre a forma de interpretação da Constituição, colhe-se:

“Para determinar y decidir la conformidad y adecuación de los actos del Estado com la Constitución Nacional, ésta, en su letra y en su espíritu, ha impuesto la regla de la razonabilidad. Toda actividad estatal para ser constitucional deve ser razonable. Lo razonable es lo opuesto a lo arbitrario, y significa conforme a la razón, justo, moderado, prudente, todo lo cual puede ser resumido en arreglo a lo que dicte el sentido común. El Congreso, el Poder Ejecutivo y los Jueces, cuando actúan, en le ejercicio de sus funciones específicas, deben hacerlo de manera razonable. Todo acto gubernativo debe resistir la prueba de la razonabilidad. La ley que altera, y con mayor razón todavía, suprime el Derecho cuyo ejercicio pretende reglamentar, incurre en irrazonabilidad o arbitrariedad, en cuanto imponga limitaciones a éste que no sean proporcionadas a las circunstancias que las motivan y a los fines que se propone alcanzar com ellas” (in Reglas para e interpretación Constitucional. Argentina: Editorial Plus Ultra, 1987. p. 122-123).

Por sua vez, Luis Roberto Barroso pondera:

*“A interpretação da Constituição, a despeito do caráter político do objeto e dos agentes que a levam a efeito, é uma tarefa jurídica, e não política. Sujeita-se, assim, aos cânones de racionalidade, objetividade e motivação exigíveis das decisões proferidas pelo Poder Judiciário. Uma Corte Constitucional não deve ser cega ou indiferente às conseqüências políticas de suas decisões, inclusive para impedir resultados injustos ou danosos ao bem comum” (in *Interpretação e aplicação da constituição*, São Paulo: Saraiva, 1996. p. 106).*

Cita-se o trabalho do Dr. Augusto Zimmermann, mestre em Direito Constitucional e Teoria do Estado pela PUC-Rio (Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro), sobre a interpretação constitucional:

“[...] os princípios constitucionais representam elementos valorativos, ou axiológicos, do ordenamento constitucional. Tais princípios não precisam estar diretamente revelados na constituição escrita, muito embora devam ficar identificados com algum tipo de aspiração nacional. Se estes princípios expressam valores constitucionais, eles carregam consigo mesmos toda uma sorte de expectativas sociais, fazendo-se a revelação do constitucionalismo histórico.

“Os princípios podem não estar revelados pela Constituição escrita, mas devem ao menos estar implícitos na mesma, assegurando

a complementação da sistemática apresentada pelo ordenamento constitucional. Em certos momentos, os princípios constitucionais arriscam-se a produzir delicados conflitos de interpretação, demandando uma razoável ponderação de valores. Nestes casos, determinado princípio constitucional poderá assumir prevalência em relação a um outro de igual natureza axiológica, muito embora a ponderação de princípios dependa não apenas da realidade concretamente apresentada, mas também do próprio grau de razoabilidade no *approaching* interpretativo.

“Para concluir, os princípios constitucionais não são relevantes apenas à questão do direito positivo, mas também no sentido da concepção sociológica de valores subsistentes ao ordenamento jurídico-constitucional. Não obstante a existência de determinados elementos legitimadores do constitucionalismo democrático, que se encontrariam logicamente correlacionados à questão do Estado de Direito e da democracia representativa, haveríamos de igualmente reconhecer uma certa relativização destes princípios, dependentes de específico ambiente nacional. Isso não significa, por outro lado, que abdiquemos de defender um determinado tipo de interpretação mais compromissada com a natureza garantista do constitucionalismo democrático, que então se encontraria primeiramente voltado à fundamental garantia dos direitos inalienáveis da pessoa humana (in Princípios Fundamentais e Interpretação Constitucional – Análise meta-jurídica dos fundamentos axiológicos do ordenamento constitucional –” www.achegas.net/numero/nove/agosto_zimmermann_09.htm).

De relevante interesse o artigo publicado por Adelângela de Arruda Moura Steudel sobre a temática da Interpretação Constitucional, merecendo destaque:

“Afirma-se que uma das tarefas da ciência do direito é estabelecer as conexões sistemáticas entre as normas. Como já referido, a sistematização dos dados é, propriamente, o *discurso segundo a ciência*. As normas de direito não têm existência (vigência) isoladamente, antes inserem-se num conjunto harmônico e interdependente, do qual tiram seu pleno significado. Por isso uma das primeiras e elementares regras de hermenêutica jurídica recomenda a leitura do texto normativo integral.

“Entre as técnicas tradicionais de interpretação do direito avulta em importância a sistemática, que determina o confronto do sentido inicialmente fixado através da exegese da norma jurídica em particular, com as demais normas do sistema, a partir das integrantes do instituto jurídico a que pertence a norma analisada, indo até as normas do conjunto global, o sistema, num processo de concatenação, de forma a compatibilizar *o sentido de uma norma ao espírito do sistema*.

“Procedendo sistematicamente o intérprete procura preservar as propriedades do sistema, especialmente sua unidade e coerência. A busca de *apoio* do significado de uma norma nas demais conduz à descoberta de uma fonte comum de emanção; outrossim, a revelação de incompatibilidade entre a norma interpretanda e o sistema exigirá uma reformulação do sentido inicialmente fixado ou até a negação de sua validade (existência).

“Em virtude do postulado da unidade do ordenamento jurídico, que pressupõe a derivação de todas as normas, em última etapa, da Constituição, é evidente que a interpretação das normas constitucionais é condição primordial para uma ótima compreensão de qualquer preceito jurídico.

“De outro lado, vimos que a Constituição mesma configura um sistema, quer se entenda do ângulo lógico-formal assente na estrutura de seus elementos normativos, quer se leve em consideração a complexidade inerente a uma teoria constitucional material. Assim, em princípio, o método sistemático clássico tem aplicação ao direito constitucional. Como acentua Bonavides, a rigor não se distingue a interpretação constitucional da interpretação das demais normas, que todas são, em essência, normas jurídicas; exceto quando se tem em mente as peculiaridades das regras básicas, por exemplo, seu caráter político.

“Dessas peculiaridades ocupa-se Ferraz Jr., ao relevar o fato de que, se as regras usuais de interpretação puderam aplicar-se às Constituições, graças à sua formalização, a partir do século XIX, não se pode ignorar que *a norma constitucional contém elementos jurídicos que a diferenciam das demais normas, características da qual um normativismo rigorosamente positivista, supostamente neutro e acrítico, não chega a dar conta*.

“Para citar apenas uma classificação, mencione-se as categorias normativas constitucionais distinguidas por José Afonso da Silva, segundo sua natureza, função ou finalidade: normas constitucionais *orgânicas, limitativas, sócio-ideológicas, de estabilização constitucional e de aplicabilidade*, cada qual com o respectivo âmbito de pré-significação.

“Isso não obstante, tem a Constituição um *articulado de sentido*, semelhante ao do ordenamento jurídico global; daí que a idéia de sistema projeta-se e se constitui um pressuposto necessário dos métodos modernos desenvolvidos pela hermenêutica constitucional, menos para o método tópico-problemático (puro).

“E um dos primeiros condicionamentos que o sistema constitucional exerce na interpretação está na identidade e feição própria que cada Constituição, em particular, apresenta, emergente da conformação que lhe empresta a soma ou integração dos princípios fundamentais nela inseridos. A unidade da Constituição postula uma unidade de sentido, como se um vetor em específico a orientasse. Isso autoriza dizer-se, por exemplo, *Constituição democrática*, onde o qualificativo designa sua essência e a orienta por inteiro.

“Todavia, quando se encarece a irremissível presença do sistema constitucional como pré-compreensão para a interpretação das normas fundamentais, tem-se já como superada a concepção sistêmica do positivismo normativista, que determinava a consideração do ordenamento constitucional em abstrato.

“A insuficiência da interpretação sistemática nos moldes clássicos, já manifestada mesmo no âmbito do direito privado, onde teve origem, torna-se patente na interpretação constitucional. A Constituição, como o demonstra a teoria material, é infensa a uma redução a termos estritamente lógico-normativos, dada a riqueza do seu conteúdo e o excepcional horizonte de significações ideológicas, sociológicas e políticas que ela consubstancia.

“Não servem mais para a interpretação constitucional os esquemas de pensamento axiomático-dedutivo, não é mais possível sustentar a neutralidade dos operadores do direito frente às exigências de uma interpretação justa, mormente no que respeita aos problemas que requerem resposta constitucional. Assim, a teoria material da Constituição oferece o que Bonavides denomina *sistema consti-*

tucional axiológico-teleológico; o sistema não repousa em axiomas destituídos de estimativa mas nos valores-fins que se expressam no conteúdo material das normas constitucionais. Além disso, reforça a necessidade de abandono da exegese constitucional lógico-formal, dirigida pelos métodos clássicos, a transição do Estado Liberal para o Estado Social. No território do liberalismo o ideal hermenêutico é a objetividade, suposta a racionalidade da norma jurídica, inclusive a constitucional, bem assim a pertinência da Constituição ao Estado, como figura distinta da Sociedade.

“Explica Ferraz Jr. que no âmbito da Constituição do Estado Liberal os procedimentos hermenêuticos tradicionais funcionam como *interpretação de bloqueio*, sob o primado do princípio da legalidade, com vistas à certeza e à segurança do direito. Porém, com a emergência do Estado Social, as aspirações sociais exigem procedimentos que as legitimem em face da Constituição, isto é, uma *interpretação de legitimação*, favorecendo maior espaço para o intérprete, o que se justifica até para a própria realização constitucional. Essa expectativa é que autorizou conceber a Constituição como um *sistema de valores*, cuja realização exige a mediação concretizadora do intérprete.

“Em suma, as Constituições contemporâneas, *documentos normativos do Estado e da Sociedade* deixam de configurar o *Estado mínimo* e indiferente aos conflitos sociais que hoje se refletem nas leis fundamentais.

“De toda sorte, ainda que renovado e substanciado o conceito de sistema constitucional, mercê de sua dimensão valorativa, a concepção sistêmica continua a condicionar a interpretação, representando um marco de controle para a possível *perda ou erosão de normatividade* constitucional que a teoria material possa representar. Mesmo Hesse (partidário do método concretista, de inspiração tópica), que considera a interpretação só possível diante de um problema concreto a resolver, assevera que o objetivo da interpretação é obter um resultado *constitucionalmente correto*, através de um procedimento racional e controlável e fundamentar esse resultado de forma racional e controlável, criando, desse modo, certeza e previsibilidade jurídicas.

“Então, à vista da arbitrariedade a que eventualmente possam conduzir a interpretação condicionada pela abertura do sistema e

a compreensão material (valorativa) da Constituição, procura-se uma metódica jurídica orientada por regras.

“A interpretação *constitucionalmente adequada* exige ainda uma doutrina hermenêutica, *a utilização de determinados critérios (ou medidas) que se pretendem objetivos, transparentes e científicos.*

“Uma das primeiras propostas metodológicas é a de F. Müller (método concretista), cujo critério de compreensão da normatividade constitucional aparta-se bem da tradição positivista: o texto da norma não é a norma, é uma medida ou modelo de ordenação que se expressa em linguagem, cujo sentido só se manifesta no momento da concretização. O texto oferece um contato ao que denomina *programa normativo*. A este adere o *domínio ou âmbito normativo*, constituído do plano material e empírico abrangido pela norma. Aí está a normatividade constitucional, após o processo estruturante. Em outras palavras, a norma constitucional é norma mais situação normada.

“Do exposto conclui-se que a interpretação não se reduz a conferir um significado ao enunciado normativo, mas é uma compreensão estrutural, que também a realidade, os dados reais do setor normativo se interpretam.

“Ora, o domínio normativo a captar contém elementos de natureza material: são os aspectos econômicos, sociológicos, políticos ou históricos de uma dada realidade. A análise desses elementos, segundo Canotilho, é tanto mais necessária quanto menor seja a determinação do programa normativo; compreende-se assim a necessidade de delimitar o procedimento hermenêutico dentro de parâmetros, posto que a maior parte das normas constitucionais, sejam princípios ou regras, é aberta a propostas variadas de concretização.

“Constroem-se então os chamados *princípios de interpretação constitucional*, que não são princípios constitucionais intra-sistêmicos, não pertencem ao sistema intrínseco. Para uma ciência sistemática do Direito Constitucional seriam *regras* (seja permitido chamá-los assim, de um ângulo pragmático), regras estruturais desenvolvidas pelo sistema extrínseco, para assegurar que a interpretação não desbordará do seu legítimo espaço, ocasionando mutações constitucionais por via interpretativa. O limite do *espaço de interpretação*,

– e isso é frustrante para uma teoria material da Constituição – é, enfim, o texto normativo.

“Dentre os princípios de interpretação constitucional destaca-se o da unidade da Constituição. Sobre ser um sistema e bem por isso, a Constituição, – presume-se –, não contém contradições. À despeito de ser um *sistema de valores*, é vedado ao intérprete (ou melhor, sujeito concretizante, que não há interpretação sem decisão de um problema concreto), estabelecer preferências valorativas; esse é o princípio da concordância prática, corolário do primeiro, destinado à preservação da unidade.

“A esses princípios, que procuram uma *racionalidade material* no processo hermenêutico, o estabelecimento de premissas de garantia de cientificidade para a hermenêutica constitucional, dentro dos quadros da teoria material, chamam-se, todavia, *tópicos de interpretação*, nos métodos concretista de Hesse e estruturante de F. Müller e Canotilho.

“Mas, se os *topoi* são apenas pontos de vista auxiliares para o intérprete, como podem eles assumir a condição dogmática de *pontos de referência obrigatórios para a teoria da interpretação constitucional*?”

“Verificam-se, assim, tentativas de ‘conciliar a tradição sistemática do direito com a herança problematizante da tópica’”.

E arremata:

“A afirmação de que *o direito está em crise* não é de nossos dias. Entre as várias conotações da expressão *crise do direito*, – crise da justiça, das instituições, da política, da democracia, de legalidade, de legitimidade, entre outras –, avulta, para o jurista, aquela pertinente à tensão resultante da necessidade de superação do pensar dogmático tradicional e do cumprimento da função social que se reclama da jurisprudência, sem perda de seu estatuto teórico-científico. É a crise da ciência do direito.

“Nesse sentido, despontam as tentativas de uma nova hermenêutica, posto que, dentre as formas de elaboração do direito, sobre a interpretação – conservadora, formalística, pretensamente neutra e objetiva –, recaí, reconhecidamente, grande parte da responsabilidade pela reprodução e justificação das formas de exercício do poder político e econômico.

“Nesse contexto, uma revolução metodológica como a anunciada pela revivescência da tópica acena com a promessa de afastamento do edifício conceitual, maior achego com a realidade social e permissão para uma exegese (declaradamente) valorativa.

“Evidentemente essa nova proposta haveria de repercutir intensamente no Direito Constitucional, de há muito à procura do delicado equilíbrio entre a exigência de métodos flexíveis e maleáveis, que possibilitem amenizar a rigidez da Constituição em face das transformações sociais, evitando sua petrificação e anacronismo, e a necessidade, não menos urgente, de preservar a lei fundamental das mutações inconstitucionais possíveis de ocorrer através de artifícios interpretativos.

“A influência da tópica entre os constitucionalistas coincide com o impulso que alcançou na Alemanha a teorização material da Constituição. Embora se reconheça a Carl Schmitt e Rudolf Smend as contribuições precursoras para o desenvolvimento da teoria, verifica-se que o florescimento dos novos métodos de hermenêutica constitucional entre os alemães é de ser creditado a Viehweg e Joseph Esser.

“Compreende-se a irresistível conexão entre a tópica, enquanto teoria da argumentação jurídica orientada predominantemente para o problema, o caso concreto, com a teoria material da Constituição, que intenta uma compreensão pluridimensional e integral da Constituição. A tópica tende a resgatar todos aqueles aspectos materiais e axiológicos que o formalismo expungia.

“Entretanto, variadas são as versões de incorporação da tópica à hermenêutica constitucional e nem todas chegam ao ponto temido pela crítica, o de reduzir norma e sistema constitucional a *topoi*, ante o primado do problema. Isto é, *pensar* o problema não significa, necessariamente, *dispensar* a norma e o sistema.

“Segundo Bonavides, apenas Peter Häberle, teórico do método concretista da *Constituição aberta*, levou a tópica às últimas conseqüências, mediante propostas tais como o alargamento do círculo de intérpretes da Constituição: além dos órgãos estatais e entes públicos, o cidadão participativo da sociedade democrática, pluralista e aberta, ou seja, a *publicização* da interpretação. Para o constitucionalista brasileiro essa expansão desmesurada pode conduzir, se radicalizada,

ao *afrouxamento da normatividade e juridicidade das Constituições*; outrossim, implicando em consenso democrático, traria o método potencial de risco especialmente nos Estados pouco desenvolvidos, diante da instabilidade das instituições e do corpo social.

“Já em Konrad Hesse encontra-se a tópica mitigada, por assim dizer, por um conjunto de instrumentos de controle. Seu método hermenêutico-concretizador pressupõe um *pensamento problemática-mente orientado*, admitindo ampla dose de criatividade do intérprete que, todavia, deve estar consciente dos condicionamentos contidos em sua pré-compreensão, para evitar a arbitrariedade; ademais, sua atuação tópica está sempre limitada pela norma e pelos princípios de interpretação constitucional.

“Também o método concretista-estruturante de Friedrich Müller apresenta temperamentos na sua inspiração tópica, a começar pela sua peculiar compreensão da norma jurídica, cujo processo de concretização deve ter em conta três elementos básicos: o fato, o programa da norma e o âmbito normativo, de modo que seu texto não tem significado autônomo e só alcança pleno sentido em contato com a realidade. Daí a importância do intérprete, ou melhor, do *sujeito concretizante*, que, afinal, na prática, é quem agrega ao programa normativo a sua compreensão da realidade. Porém, como já observado antes, o texto da norma é o limite negativo do espaço de interpretação.

“Ponto comum entre todas as correntes que receberam as sugestões da tópica, em maior ou menor grau, é a noção de abertura do sistema constitucional, que de nenhum modo confunde-se com o conceito dogmático de lacuna, vazio indesejável no plano normativo constitucional, mas corresponde a uma incompletude conatural da lei fundamental, em função da dinamicidade social, que exige do Estado e da Sociedade tarefas integrativas, não é uma *estrutura preparada*, de plenitude lógica.

“A serventia da idéia de abertura para a Constituição da sociedade democrática e pluralista é também enfatizada por Bonavides, que salienta a problematicidade da estabilidade constitucional diante da estrutura aberta da própria sociedade. Assim, se a sociedade é aberta, a Constituição também o é; se é aberta a Constituição, também a interpretação é aberta, propícia à tópica. Nas Constituições democráticas (compromissórias, analíticas e dirigentes), portanto,

é que serão encontrados os *'topoi' argumentativos justificadores de renovada ótica jurídica*.

“Finalmente, a já apontada multifuncionalidade dos princípios constitucionais é de suma importância para a interpretação constitucional nos moldes propostos pela tópica, visto que os princípios, imantados de densa carga axiológica e teleológica, possibilitam ao intérprete da Constituição extrair-lhe os melhores resultados, a partir da idéia de direito e de justiça que os princípios constitucionais incorporam.

“Tanto é que se aponta a interpenetração da *jurisprudência dos princípios ou jurisprudência dos valores* (García de Enterría), com a *jurisprudência dos problemas* (Viehweg), dado que ambas adotam, em última análise, a interpretação principialista da Constituição, no sentido do resgate dos valores constitucionais materiais escamoteados pelo positivismo.

“De resto, a incipiência da teoria e prática dos novos métodos hermenêuticos não trouxe ainda uma fundamentação dogmática suficiente para acreditá-los perante os cânones científicos, embora não se queira aqui recordar a visão restritiva de ciência jurídica que os juristas tanto empenham-se em afastar.

“Centra-se a crítica no alegado subjetivismo dos novos métodos. Essa é, precisamente, uma visão estrita de ciência jurídica. Como se a busca de cientificidade exigisse *uma neutralidade axiológica progressiva, e, em conseqüência, uma 'des-subjetivação' da metodologia, pois o método axiológico postula uma relação (dialógica) a um sujeito*.

“É difícil aceitar que a nova forma de *logos* que constitui o pensamento argumentativo e retórico não perde dignidade epistemológica por exigir a participação de um sujeito situado, comprometido, que a ciência do direito, embora não possa excluir a *realidade do sujeito pensante, a realidade antropológica*, pode ainda apresentar um verdadeiro processo gnosiológico, que *os juízos prudenciais, que presidem às decisões humanas, expressam um verdadeiro conhecimento*.

“Mas, há quem creia que *a síntese entre a criatividade do jurista e a objetividade do direito, ao contrário do que muitos pensam, é possível*” (site www.uepg.br/rj/a1v1at12.htm).

Feitas estas considerações, passa-se a analisar as peculiaridades existentes na função delegada ao notário público em relação ao titular de cargo efetivo.

A solução da controvérsia relacionada à incidência da referida norma constitucional aos delegados dos serviços notariais e de registro reside, portanto, na exegese do *caput* do artigo 40 da CF, mais especificamente no que diz respeito à definição e limites de incidência da expressão *servidores titulares de cargos efetivos*, bem como à sua conseqüente aplicação aos referidos delegados.

Da doutrina são extraídos os seguintes conceitos de servidor e de cargo público efetivo:

“O conceito de servidor público apresenta uma conotação mais ampla que a dos agentes administrativos. Equivale a agentes públicos. *Todo agente público pode ser considerado um servidor público* [...] a expressão ‘servidor público’ tem a peculiaridade de abranger as pessoas que tenham sido requisitadas para exercer temporariamente uma função pública, por razão emergencial de interesse público, e aquelas que, não integrando o quadro permanente de servidores da Administração Pública, tenham sido convocadas para o exercício específico de um múnus público qualquer, como jurado, mesário ou escrutinador de votos (MUKAI, Toshio. *Direito administrativo sistematizado*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 164)(g.m.)

“*Cargo público* é o conjunto de atribuições e responsabilidades cometidas a um servidor, criado por lei, em número certo, com denominação própria, remunerado pelos cofres públicos. [...] O *cargo efetivo* é aquele preenchido com o pressuposto da continuidade e permanência do seu ocupante. Ao se nomear alguém para um cargo efetivo, há o pressuposto de permanência da pessoa no desempenho das atribuições. Este é, portanto, o sentido do termo *efetividade*. [...] Aliás, a lei, ao criar o cargo, indica o modo pelo qual é preenchido, em geral usando a expressão, ‘de provimento efetivo, mediante concurso público’. Portanto, não se deve confundir efetividade com estabilidade” (MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 4. ed., Revista dos Tribunais, 2000. p. 316).

“Delegação é a outorga, a transferência, a outrem, do exercício de atribuições que, não fora por isto, caberiam ao delegante. Ou seja: os ‘serviços’ notariais e os de registro (que melhor se diriam ‘funções’ ou

‘ofícios’, como em seguida se aclarará) correspondem, em si mesmos, a uma atividade estatal, pública. A circunstância de deverem, por imperativo constitucional, ser desempenhados por terceiros, longe de destituir-lhes tal qualidade, pelo contrário, confirma-lhes dita natureza, pois: *Nemo transferre potest plus quam habet*. [...] Ninguém contenderá a assertiva curial de que o que é delegado aos notários e registradores é o exercício de uma ‘função pública’, assim como ninguém contenderá que o conjunto de ‘serviços’ desta natureza corresponde a uma ‘organização administrativa’ ou, se se quiser, também ‘judiciária’, na medida em que considerada serviço auxiliar do Judiciário” (A Competência para Criação e Extinção de Serviços Notariais e de Registros e para Provimento desses Serviços. Celso Antônio Bandeira de Mello. *Revista de Direito Imobiliário* n. 47, jul./dez. 1999).

Importante consignar que o notário executa serviço público de características especiais, sob o amálgama de função pública. Assim, embora desempenhe, por delegação do Estado, atividade de caráter privado, o notário guarda a qualificação de servidor público. Além disso, é investido, em caráter permanente, em cargo público, criado por lei, com denominação própria. A serventia é regulada por lei, com atividade sujeita à hierarquia administrativa e fiscalização do Poder Judiciário e o acesso aos cargos depende de concurso público (§§ 1º e 3º, art. 236, CF). Não deve ser esquecido que os emolumentos e custas recebidos pelos notários têm o crivo de receita pública.

É o que se abstrai de diversos artigos:

“Pelo que disposto no pré-citado art. 236, tais serviços, como visto, são exercidos particularmente, mas por delegação do Poder Público. Ora, se se cuida de outorga estatal, por óbvio que de natureza pública essas atividades, embora privatizadas. Por conseguinte, muito justo, inclusive, que se atribua aos Delegados a condição de Servidores Públicos, no sentido amplo do termo. No respeitante, há recente acórdão da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, onde se lê que os Agentes Notariais e Oficiais Registradores são Servidores Públicos *lato sensu* (*Jornal do Comércio*, RJ, 13-3-2002, rel. Fernando Gonçalves). E, segundo menciona Walter Ceneviva, em seus comentários à Lei, o Ministro Celso de Mello já havia qualificado esses agentes como Funcionários Públicos, cumprindo invocar o

RE n. 178.236 do Plenário. Assim, têm-se, na espécie, Servidores Públicos em sentido amplo, mas titulares de serviços privados, com todo o contorno de público. Daí por que, conforme os §§ 1º e 3º do art. 236, se submetem eles ao concurso público aludido no art. 37 da Constituição Federal, e à fiscalização Estatal, além da aposentadoria compulsória [...]. É, pois, preciso deixar bem clara essa condição de Servidores Públicos dos Notários e Registradores, para daí partirmos para a questão que diz com sua responsabilidade jurídica. Mas, especificamente à civil, mais importante que Tabeliães e Oficiais Registradores passam a fazer a vez do próprio Estado, dada a delegação constitucional. Veja-se que, embora de titularidade do Poder Público, não pode este explorar diretamente essas atividades, porque vedado pelo art. 236, que as delega ao particular. Por isso que remota essa titularidade, presente outorga condicionada de sobejo e até pela Carta Maior, a restringir sobremaneira o poder discricionário da Administração (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 14. ed. atual. Ed. Revista dos Tribunais). [...] É justamente na categoria ‘prestadoras de serviço público’ que se incluem as serventias cuidadas, dada a delegação que lhes é outorgada’ (in Colocações sobre a Responsabilidade Civil e Penal dos Notários e Registradores, Ivan Ricardo Garisio Sartori, Juiz do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo e Membro da Academia Paulista de Magistrados, *RJTACrim*, São Paulo, nov./dez. 2002).

Bem ensina o culto e abalizado Juiz Paulista José Renato Nalini que “o notário brasileiro é o do tipo latino. O notário é um funcionário público a título *sui generis*, pois remunerado diretamente pela parte, mediante custas e emolumentos. Além disso, é titular da fé pública e está vinculado ao Poder Judiciário, que lhe fiscaliza os atos de ofício e exerce disciplina administrativa. A Constituição da República não inovou a respeito. A delegação apenas restou explicitada na lei fundamental. Continuam os notários exercentes de função pública” (in A responsabilidade civil do notário, *RJTJSP* 130/19).

O Juiz de Direito de São Paulo Dr. Rui Stoco dirimiui sobre a temática nos seguintes termos:

“Com a vinda a lume da Constituição Federal, em 5-10-88, o art. 236 previu a regulação das atividades dos notários, oficiais do registro e seus prepostos, nos seguintes termos: ‘Art. 236. Os ser-

viços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público. § 1º. Lei regulará as atividades, disciplinará a responsabilidade civil e criminal dos notários, dos oficiais de registro e de seus prepostos, e definirá a fiscalização de seus atos pelo Poder Judiciário. § 2º. Lei federal estabelecerá normas gerais para a fixação de emolumentos relativos aos atos praticados pelos serviços notariais e de registro. § 3º. O ingresso na atividade notarial e de registro depende de concurso público de provas e títulos, não se permitindo que qualquer serventia fique vaga, sem abertura de concurso de provimento ou remoção, por mais de seis meses’.

“Como se verifica, à lei regulamentadora pouco restou, considerando as margens estabelecidas pela própria Carta Magna. Da disposição transcrita resumam claro alguns aspectos importantes: a) os serviços notariais e de registro têm natureza pública, como, aliás, nunca se controverteu, até porque a própria CF/88 dispôs no art. 22, n. XXV, competir privativamente à União legislar sobre registros públicos; b) esses serviços serão exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público, com fiscalização dos atos praticados pelo Poder Judiciário como, aliás, ocorria antes mesmo da colocação em vigor da lei sob comentário; c) o titular da serventia só pode ingressar na atividade notarial e de registro através de concurso público de provas e títulos. Antes mesmo da edição da lei ordinária regulamentadora, por força do disposto no art. 236 da CF/88, já se podia afirmar que o titular da serventia extrajudicial continuaria sendo servidor público, posto que só se exige concurso público para admissão de servidor com essa qualidade.

[...]

“É certo que a Lei 8.935/94 como que ‘privatizou’ os serviços notariais e de registro, não obstante atribuição do Poder Público, de modo que agora passa a ser exercido por delegação do Estado. Sendo certo, ainda, que, a partir de então, os funcionários dessas serventias passam a ser admitidos sem qualquer vínculo com o Poder Público, ligados, sob o regime da Consolidação das Leis do Trabalho, apenas e tão-somente ao titular da serventia contratante, estabelecendo-se entre eles um contrato de trabalho, tanto que o Poder Judiciário já não mais terá qualquer poder censório ou disciplinar sobre eles, mantido, evidentemente, o seu poder fiscalizatório sobre os atos praticados. Não menos certo, porém, que o titular

– Notário ou Registrador – atua como agente público, devendo ser considerado típico servidor público. Tanto isso é correto que, segundo a Lei Magna e a lei de regência dos serviços notariais e de registros, a aquisição do direito de delegação para o exercício da atividade depende da aprovação em concurso público de provas e títulos, preenchidos requisitos só exigíveis para o ingresso na atividade estatal. Ademais, submetem-se a punições administrativas por faltas disciplinares, também só impostas a servidores típicos, e só perdem a delegação por sentença judicial transitada em julgado, ou por decisão proferida em processo administrativo, assegurados o contraditório e a ampla defesa, garantias essas também só concedidas aos servidores estáveis.

“Por fim, anotem-se características e atributos encontráveis apenas nessa classe de servidores, como: ‘a) o serventuário é investido, em caráter permanente, em cargo público, criado por lei, com denominação própria; b) a serventia é regulada por lei, com atividade sujeita à hierarquia administrativa e fiscalização do Poder Judiciário; c) o acesso aos cargos de titular depende de concurso público (CF/88, art. 236, §§ 1º e 3º), embora o Cartório desempenhe, por delegação do Estado, atividade de caráter privado; d) os emolumentos e custas têm o crivo de receita pública, tanto que o § 2º do art. 236 da CF/88 preceitua que ‘Lei federal estabelecerá normas gerais para a fixação de emolumentos relativos aos atos praticados pelos serviços notariais e de registro’ (STJ, RDA 191/148); ‘e) aplicam-se a estes agentes as disposições do art. 40, II, da Constituição Federal (aposentadoria compulsória aos 70 anos de idade), como ficou exaustivamente demonstrado pela jurisprudência acima abroquelada’.

[...]

“Em resumo, segundo as considerações acima expendidas, podemos concluir que: a) Os Notários e Registradores, titulares de serventias extrajudiciais, sob a vigência da Lei 8.935/94, devem ser considerados ‘agentes públicos’, equiparados, pois, aos servidores públicos típicos; [...]” (in Responsabilidade Civil dos Notários e Registradores, RT 714, p. 44-55).

Com o mesmo entendimento colhe-se de artigo publicado pelo Juiz de Direito e ex-Procurador do município de Fortaleza Dr. Ricardo Cunha Porto:

“Embora os serviços notariais sejam exercidos em caráter privado, decorrem de delegação do Poder Público, e é irrefutável a sua presença no cotidiano do cidadão comum, seja para a simples lavratura de um assento de nascimento, seja para lavratura de uma escritura pública de transferência de propriedade de alto valor financeiro, razão pela qual essa atividade caracteriza-se como pública por excelência, fazendo com que o tema sobre a responsabilidade civil dos que a exercem seja de alta relevância [...] *No bojo da classe dos servidores públicos, encontra-se o grupo dos serventuários, distinguindo-se dos funcionários públicos.* Uns e outros são investidos em cargos criados por lei, porém, enquanto estes percebem vencimentos dos cofres públicos, aqueles podem, conforme a lei local que os rege, e quando não percebam vencimentos como os funcionários públicos em geral, auferir pagamento pelos serviços que prestam, por meio de custas e emolumentos. O serventuário é órgão indireto do Estado, por tratar-se de órgão privado no exercício de função pública, remunerado pelas partes ou interessados, ao invés de o ser pelo Estado, como acontece com o que é funcionário. O artigo 236 do ordenamento constitucional vigente previu a regulamentação das atividades dos Notários, Oficiais do Registro e seus prepostos, deixando para a lei infraconstitucional regulamentadora pouco a normatizar, haja vista os parâmetros constitucionalmente prefixados. Extrai-se do preceito constitucional alguns aspectos bastante claros, quais sejam: os serviços notariais e de registro têm natureza pública; tais serviços serão exercidos em caráter privado, porém por delegação do Poder Público, com fiscalização dos seus atos pelo Poder Judiciário; o ingresso na serventia pressupõe prévio concurso público de provas e títulos [...] 3. AGENTE PÚBLICO: CONCEITO. São da lavra do insigne jurista CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO os seguintes ensinamentos: ‘Todos aqueles que servem ao Poder Público, na qualidade de sujeitos expressivos de sua ação, podem ser denominados agentes públicos. Com efeito, esta locução é a mais ampla e compreensiva que se pode adotar para referir englobadamente as diversas categorias dos que, sob títulos jurídicos diferentes, atuam em nome do Estado’ (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Regime Constitucional dos servidores da Administração Direta e Indireta*. São Paulo: RT, 1990. p. 5-6.) [...] Segundo disposição expressa da Constituição Federal, como já vimos, os serviços Notariais e de Registro são exercidos em caráter privado, contudo por delegação do Poder Público. O Notário executa serviço públi-

co de características especiais, sob o amálgama de função pública, tanto que o serventuário é investido no cargo público em caráter permanente, cargo esse criado por lei, com denominação própria. A serventia é regulada por lei, com atividade sujeita à hierarquia administrativa e fiscalização do Poder Judiciário e o acesso aos cargos depende de concurso público. Assim sendo, embora desempenhem, por delegação do Estado, atividades de caráter privado, os Notários e Registradores guardam a qualificação de servidores públicos, inclusive, os emolumentos e custas têm o crivo de receita pública, bem como a eles aplicam-se as disposições do artigo 40, inciso II, da CF/88 (aposentadoria compulsória aos setenta anos de idade)” (*Revistas PGM*, 1998, Ano 5, v. 6, A Lei n. 8.935/94 e a Responsabilidade Civil dos Notários e Registradores) (g.m.).

Destarte, diante das particularidades encontradas pelos servidores delegados com os servidores de cargo efetivo, deve ser aplicado o princípio constitucional da isonomia e da igualdade, princípio este bem acentuado na administração pública.

É de ser observada a inteligência de Celso Bastos sobre o princípio da isonomia:

“Desde priscas eras tem o homem se atormentado com o problema das desigualdades inerentes ao seu ser e à estrutura social em que se insere. Daí ter surgido a noção de igualdade a que os doutrinadores comumente denominam igualdade substancial. Entende-se por esta a equiparação de todos os homens no que diz respeito ao gozo e fruição de direitos, assim como a sujeição a deveres”.

Ainda o entendimento de Bastos sobre a redação constitucional:

“A expressão atual ‘sem distinção de qualquer natureza’ é meramente reforçativa da parte inicial do artigo. Não é que a lei não possa comportar distinções. O papel da lei na verdade não é outro senão o de implantar diferenciações. O que não se quer é que, uma vez fixado o critério de discriminação (p. ex.: ser portador de título universitário para exercer determinada profissão), um outro elemento venha interferir na abrangência desta mesma discriminação. Aí por exemplo se diria: as pessoas com mais de quarenta anos de idade ficam dispensadas do referido título. Nisto, portanto, reside a essência do princípio igualizador. É o impedir que critérios o mais das vezes subalternos, portadores de preconceitos ou mesmo voltados

à estatuição de benefícios e privilégios, possam vir a interferir em uma discriminação justa e razoável feita pela lei” (*Curso de Direito Constitucional*. 13. ed., São Paulo: Saraiva, 1990. p. 168-169).

Deve ser consignado que o renomado doutrinador Alexandre de Moraes, em recente publicação de sua obra “Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional”, diga-se, posteriormente à EC n. 20/98, discorreu sobre a temática, positivando-se pela compulsória aos notariais, *verbis*: “Ressalte-se, ainda, que os notários referidos no art. 236 da Constituição Federal estão sujeitos às regras de idade da aposentadoria compulsória em virtude de idade, sem, contudo, fazerem jus ao recebimento de benefícios de aposentadoria de servidor público” (3. ed. São Paulo, Atlas, 2003. p. 943).

O Superior Tribunal de Justiça, em recentes julgados, vem-se posicionando no mesmo sentido:

“CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. TITULAR DE CARTÓRIO. APOSENTADORIA COMPULSÓRIA. ART. 40, II, DA CARTA MAGNA. Os titulares de serventia de notas e registros são servidores públicos, aplicando-se-lhes o dispositivo constitucional relativo à aposentadoria compulsória aos setenta anos de idade (CF, art. 40, II). Precedentes” (ROMS n. 15344/MG, rel. Min. FELIX FISCHER, j. em 25-2-2003, DJU 31-3-2003).

Ainda:

“CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. ATIVIDADE NOTARIAL. TITULAR DE CARTÓRIO. APOSENTADORIA COMPULSÓRIA. EC 20/98. INOVAÇÃO. PEDIDO. SUPRESSÃO. INSTÂNCIA. 1. A aposentadoria compulsória é automática, com vigência a partir do dia imediato àquele em que o servidor atingir a idade-limite de permanência no serviço ativo. 2. Os titulares de cartório — notários e oficiais registradores — sujeitam-se à aposentadoria compulsória aos setenta (70) anos de idade” (ROMS n. 12512/MG, rel. Min. FERNANDO GONÇALVES, j. em 26-11-2002, DJU 19-12-2002).

Por fim:

“ADMINISTRATIVO – RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA – ATO DE APOSENTAÇÃO –

LEGALIDADE – ATIVIDADE NOTARIAL – TITULAR DE
CARTÓRIO – APOSENTADORIA COMPULSÓRIA – 70
(SETENTA) ANOS.

“1 – Não se encontra eivado de nulidade o ato acoimado, estando, o mesmo, consubstanciado na legalidade. A exegese do art. 39, da Lei n. 8.935/94, é clara no sentido de que o instituto da aposentadoria determina, necessariamente, a extinção do vínculo, seja aquela facultativa ou compulsória. A Lei não tem o condão de invalidar o preceito constitucional, a cujo comando deve ajustar-se.

“2 – Ademais, consoante remansosa jurisprudência desta Corte Superior de Uniformização Infraconstitucional e do Colendo Supremo Tribunal Federal, os oficiais de registro e notários são servidores públicos em sentido lato, sujeitando-se ao disposto no art. 40, II, da Constituição Federal, que prevê a aposentadoria compulsória aos 70 (setenta) anos de idade.

“3 – Precedentes (STF, RE n. 178.236/RJ (Pleno) e 189.736/SP e STJ, RMS n. 733/SP e AGRREGMC n. 2.109/MG).

“4 – Recurso conhecido, porém, desprovido” (ROMS n. 12724/MG, rel. Min. JORGE SCARTEZZINI, j. em 6-8-2002, DJU 28-10-2002).

Abstrai-se do voto:

“[...] a controvérsia em questão cinge-se em saber se os titulares de serventias de notas e registros se incluem entre os servidores públicos *lato sensu*, submetidos às mesmas regras para a aposentadoria compulsória prevista no art. 40, II, da CF.

“Ora, o Pretório Excelso já pacificou o tema, ao assim decidir:

“Titular de Ofício de Notas da Comarca do Rio de Janeiro. Sendo ocupantes de cargo público criado por lei, submetido à permanente fiscalização do Estado e diretamente remunerado à conta de receita pública (custas e emolumentos fixados por lei), bem como provido por concurso público estão os serventuários de notas e de registro sujeitos à aposentadoria por implemento de idade (artigos 40, II, e 236, e seus parágrafos, da Constituição Federal de 1988). Recurso de que se conhece pela letra *c*, mas a que, por maioria de votos, nega-se provimento” (STF, Pleno, RE n. 178.236/RJ, rel. Ministro OCTÁVIO GALOTTI, DJU de 11-4-1997).

“Anoto, na mesma linha do ilustre Ministro GILSON DIPP (RMS 8.041/RJ) que a Lei n. 8.935/94, ‘[...] que regulamentou o art. 236 da Constituição Federal, considera que a natureza pública inerente às funções notariais atribui aos oficiais o mesmo tratamento dispensado aos servidores públicos, assim considerados em sentido amplo’. Assim, os oficiais de registro e notário são servidores públicos em sentido lato, sujeitando-se ao disposto no artigo 40, II, CF/88, que prevê a aposentadoria compulsória aos 70 (setenta) anos de idade (STF, RE n. 189.736/SP, rel. Ministro MOREIRA ALVES, DJU de 27-9-1996).

[...]

“Ademais, faço constar que a recorrente trouxe, por via de agravo regimental, apensado a este processo, o Projeto de Lei da Câmara Federal n. 86/96, que modifica o § 1º do artigo 39 da Lei n. 8.935/94. À época, o projeto estava indo à sanção presidencial, sendo certo, hoje, portanto, o pronunciamento do Presidente da República com o veto ao referido projeto. A respeito do tema, pronunciou-se o Exmo. Ministro FERNANDO GONÇALVES, no julgamento do RMS n. 11.991/MG, DJ de 1º-4-2002, *in verbis*:

‘Acerca da matéria, sem divergência de monta, o entendimento pretoriano orienta-se nesta linha. Mais recentemente, no entanto, o Congresso Nacional fez encaminhar à Presidência da República o Projeto de Lei n. 86, de 1996, alterando o § 1º do art. 39 da Lei n. 8.935, de 18 de novembro de 1994, que regulamenta o art. 236 da Constituição Federal, dispondo sobre os serviços notariais e de registro. A norma (§ 1º do art. 39 da Lei 8.935, de 1994) com a alteração proposta tem a redação seguinte:

‘Art. 39 [...]

‘§ 1º - Dar-se-á aposentadoria facultativa ou por invalidez nos termos da legislação a que se refere o art. 201 da Constituição Federal, permanecendo inaplicável a aposentadoria compulsória por implemento de idade’.

‘O projeto todavia, foi vetado, em sua integralidade, pelo Senhor Presidente da República, com apoio nos pronunciamentos dos Ministérios da Justiça e da Previdência e Assistência Social, nos termos seguintes (DJ de 21-12-2001 — Seção 1 — p. 12 — Mensagem 1.414, de 20 de dezembro de 2001):

‘Senhor Presidente do Senado Federal, Comunico a Vossa Excelência que, nos termos do § 1º do art. 66 da Constituição Federal, decidi vetar integralmente, por inconstitucionalidade, o Projeto de Lei n. 86, de 1996 (n. 1.536/96 na Câmara dos Deputados), que ‘Altera o § 1º do art. 39 da Lei n. 8.935, de 18 de novembro de 1994, que regulamenta o art. 236 da Constituição Federal, dispondo sobre os serviços notariais e de registro’.

‘Ouidos, os Ministérios da Justiça e da Previdência e Assistência Social assim se manifestaram:

‘A proposição legislativa em exame objetiva a alterar o § 1º do art. 39 da Lei n. 1.536/96, com o fito de explicitar as normas da legislação previdenciária federal aplicáveis à aposentadoria dos notários e registradores, afastada a regra da aposentadoria compulsória destes por implemento de idade.

‘A Constituição de 1988 estabeleceu que os serviços notariais e de registro são função pública a ser exercida em caráter privado, por delegação do Poder Público. Estabeleceu, ainda, a forma de ingresso na atividade notarial e de registro, mediante concurso público de provas e títulos, e determinou que lei ordinária, atual Lei n. 8.935/94, disciplinasse a fixação de emolumentos relativos aos atos praticados pelos serviços notariais e de registro a responsabilidade civil e criminal dos notários, dos oficiais de registro e de seus prepostos e a fiscalização de seus atos pelo Poder Judiciário.

‘De fato, a nova ordem constitucional trouxe acentuada transformação da matéria, que logo refletiu na doutrina e jurisprudência, na medida em que criou um sistema híbrido que apresenta características, tanto do setor privado, quanto do setor público. Contudo, no que se refere à matéria em exame, o Supremo Tribunal Federal, guardião e intérprete da Constituição, assentou em sua jurisprudência, a partir do julgamento, pelo Pleno, do RE n. 178.236/RJ, rel. Min. Octávio Gallotti, que os tabeliães e os oficiais registradores sujeitam-se ao mesmo regime constitucional de aposentadoria por implemento de idade, assim ementado:

‘Titular de Ofício de Notas da Comarca do Rio de Janeiro.

‘Sendo ocupantes de cargo público criado por lei, submetido à permanente fiscalização do Estado e diretamente remunerado à conta de receita pública (custas e emolumentos fixados em lei),

bem como provido por concurso público – estão os serventuários de notas e registro sujeitos à aposentadoria por implemento de idade (artigos 40, II, e 236, e seus parágrafos, da Constituição Federal de 1988).

‘Recurso de que se conhece pela letra *c*, mas a que, por maioria de votos, nega-se provimento’.

‘Segundo a orientação acima transcrita, é inegável que a atividade notarial e registral, ainda que delegada ao particular, constitui função eminentemente pública, vez que revestida de estatalidade, ‘consistente no exercício do poder certificante, destinado a atestar a veracidade e a legitimidade de determinados fatos e atos jurídicos’ (RE n. 234.935, rel. Min. Celso de Mello, julgado em 24-6-99).

‘Também esse foi o fundamento preconizado pelo Min. Celso de Mello no voto em que proferiu no RE n. 178.236/RJ: ‘o próprio exame do vigente texto constitucional permite concluir pela estatalidade dos serviços notariais e registrais, autorizando, ainda, o reconhecimento de que os Serventuários incumbidos do desempenho dessas relevantes funções qualificam-se como típicos servidores públicos, pois (a) só podem exercer as atividades em questão por delegação do Poder Público (CF, art. 236, *caput*), (b) estão sujeitos, no desempenho de suas atribuições funcionais, à permanente fiscalização do Poder Judiciário (CF, art. 236, § 1º) e (c) dependem para o ingresso na atividade notarial e de registro, de prévia aprovação em concurso público de provas e títulos (CF, art. 236, § 3º), que constitui, no magistério da doutrina o instrumento destinado à seleção de quem se empenha a ingressar nos quadros do serviço público [...]’ (CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição de 1988*. v. IX/4626. 1993, Forense Universitária)’.

‘É certo que a decisão prelecionada foi julgada com arrimo no texto constitucional anterior à mencionada Emenda Constitucional n. 20/98 que imprimiu nova redação ao art. 40 da CF/88. Contudo, ante a nova ordem, ainda que em decisão monocrática, o Supremo manteve a orientação reiterada em diversos pronunciamentos plenários anteriores.

‘Neste sentido é a decisão prolatada no SS n. 1.941/PE, Min. rel. Carlos Velloso, publicada no DJU de 19-2-2001, que utilizou como razões de decidir a jurisprudência assentada naquela Corte a partir

do julgamento do RE n. 178.236/RJ, rel. Min. Octávio Gallotti: ‘Convém salientar que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que os tabeliães são servidores públicos e estão sujeitos à aposentadoria por implemento de idade (artigos 40, II e 236 e seus parágrafos, da Constituição Federal). (RE n. 178.236/RJ, Gallotti, Plenário, 7-3-96, RTJ 162/773; RE n. 189.741/SP, Velloso, 2ª Turma, 25-11-97). Em 24-6-99, após, portanto, à EC 20/98, o eminente Ministro Celso de Mello, deu aplicação à mencionada jurisprudência (RE n. 234.935/SP, DJ de 9-8-2000)’.

‘É certo que o eminente Ministro assim se posicionou em sede não cognitiva de mérito. Mas, houve por bem ressaltar a decisão proferida, após as alterações trazidas pela EC n. 20/98, no RE n. 234.925/SP, DJ 9-8-99, rel. Min. Celso de Mello, julgada em 24-6-99, da qual se destaca a seguinte passagem: ‘Os serventuários extrajudiciais, portanto, exercem função eminentemente pública e, considerados os elementos que emergem da norma inscrita no art. 236 da Carta Política, são suscetíveis, no plano estritamente jurídico-administrativo, de qualificação formal como servidores públicos (RE n. 189.736/SP, rel. Min. Moreira Alves), na linha do próprio entendimento que tem prevalecido, desde o regime constitucional anterior, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (RDA 54/281 – RTJ 68/293 – RTJ 126/772-773)’.

‘Note-se que a lei vigente é omissa acerca da questão da aposentadoria compulsória, estabelecendo, tão-somente, que os notários e registradores submetem-se às regras de aposentação previdenciária, o que torna claro que não será a lei ordinária o instrumento capaz de afastar a norma de aposentadoria compulsória por implemento de idade, uma vez que sua aplicação decorre de disposição constitucional.

‘Em que pese não ter o STF enfrentado a matéria, em exame, em sede cognitiva de mérito, após a alteração trazida pela EC n. 20/98 ao artigo 40 da CF, o que se depreende de suas decisões monocráticas é a permanência do posicionamento anterior, reiterado em diversos pronunciamentos plenários. Ademais, a questão da aposentação compulsória por implemento de idade deverá sempre ser dirimida por interpretação constitucional e não por legislação ordinária.

‘Pelas razões expostas, e ante reiterada jurisprudência assentada pela Suprema Corte, que define os notários e registradores como

servidores públicos que desempenham função pública, resta inviável a proposta *sub examine*, que pretende excluir a aposentadoria compulsória daqueles agentes públicos’.

‘Estas, Senhor Presidente, as razões que me levaram a vetar o projeto em causa, as quais ora submeto à elevada apreciação dos Senhores Membros do Congresso Nacional’.

‘Como se vê, nada ou quase nada resta a ser debatido sobre a controvérsia, resultando líquido e certo que notários e registradores submetem-se à aposentadoria compulsória. E, apenas para argumentar, ainda que o veto seja rejeitado, malgrado versar tema eminentemente constitucional, a disposição em causa não terá aplicabilidade à recorrente, pois, como de elementar ciência, a lei não tem efeitos retrooperantes, e a idade-limite, como já consignado, foi alcançada em 20 de agosto de 1998’.

Por tudo o que foi exposto, tem-se que, mesmo após a EC n. 20/98, que deu nova redação ao *caput* do art. 40 da CF para que nele constasse *servidor titular de cargo efetivo*, não restou afastada a sua aplicação aos ocupantes de cargos por delegação, mantendo-se a aplicação aos mesmos, portanto, do comando constitucional insculpido no art. 40, inciso II, da Constituição Federal, qual seja, a obrigatoriedade da aposentadoria compulsória aos setenta anos de idade.

Penso que a ausência de limite temporal referente à aposentadoria dos notários permitirá que eles ocupem o cargo indefinidamente, até o momento de seu falecimento, obviamente. Isso implica dizer que nem sempre o cargo será ocupado por indivíduo que tenha condições para tanto, porque sabidamente os efeitos da idade se fazem sentir a certa altura, ainda que hodiernamente tenha-se prolongado, em muito, o pleno exercício das capacidades mentais e físicas do ser humano.

Mas não se pode perder de vista que a função em tela é regida pela supremacia do interesse público sobre o particular, “o que torna intuitiva a aplicação da regra contida no artigo 40, §1º, II, da Constituição Federal”.

Contudo, observo que em razão da nova orientação do Supremo Tribunal Federal, os tribunais pátrios estão modificando seu anterior posicionamento de forma efetiva. Permito-me, nada obstante, divergir.

Finalmente, a ausência do efeito vinculante na matéria autoriza que se aplique ao caso o prefalado princípio constitucional da razoabilidade e este, *data venia*, só pode ser o da sujeição à aposentadoria compulsória aos 70 (setenta) anos de idade.

Essas, pois, são as razões do dissenso.

Vanderlei Romer

Declaração de voto vencedor do Exmo. Sr. Des. Anselmo Cerello

Tendo em vista a recente orientação do Supremo Tribunal Federal, expressa pelo Plenário por meio da ADIn n. 2.602/MG, relator originário Ministro Joaquim Barbosa, que, vencido, deixou a relatoria com o Ministro Eros Graus condutor do entendimento vencedor, consistente no fato de os Notários e Registradores, por força da Emenda Constitucional n. 20/98 que deu nova redação ao art. 236 do Ato das Disposições Transitórias da Constituição/88, não mais exercerem cargos públicos, mas, sim, funções públicas, uma vez que a delegação do serviço público é exercida pelos delegados (Notários e Registradores), em caráter privado. Não mais estão estes serventuários sujeitos à aposentadoria compulsória, consoante, diversamente era entendido (RDA 54/281), desde que o implemento da idade tenha ocorrido, após a vigência da Emenda n. 20/98, o que, *in casu*, ocorre, pois o dito implemento verificou-se em 6-2-06 (fl. 24).

Dessa forma, passo a acompanhar a orientação vencedora exarada no v. acórdão, tendo, provavelmente, havido imprecisão na coleta do voto.

Anselmo Cerello

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Fernando Carioni

Deixo de justificar os motivos da divergência com a douta maioria por considerar desnecessários já que vedada a interposição de embargos infringentes (art. 151, § 2º, do Regimento Interno).

Fernando Carioni

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO CIVIL

AÇÃO RESCISÓRIA

Ação Rescisória n. 2006.003761-0, de Balneário Camboriú

Relator: Des. Fernando Carioni

AÇÃO RESCISÓRIA – VIOLAÇÃO DE LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI – PRESSUPOSTO NÃO EVIDENCIADO – REAPRECIÇÃO DAS MATÉRIAS JÁ DEVIDAMENTE AFASTADAS NA SENTENÇA RESCINDENDA – RESTRIÇÃO ÀS MATÉRIAS TAXATIVAS DO ART. 485 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – IMPROCEDÊNCIA.

O manejo da ação rescisória com fundamento no art. 485, V, do Código de Ritos reclama que o julgado tenha violado flagrantemente o dispositivo legal, de tal forma que a decisão se torne repulsiva ao texto da lei. Não basta, para tal, o mero inconformismo da parte com a solução adotada pelo julgador.

Na ação rescisória é vedada discussão sobre as matérias discutidas e devidamente dirimidas na sentença rescindenda, já que o procedimento não tem caráter de recurso ordinário.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Rescisória n. 2006.003761-0, da comarca de Balneário Camboriú (2ª Vara Cível), em que são autores Ernesto Gobbato, Nanda Rolandi Gobbato e Incorporadora e Construtora Lago Maggiore Ltda., e réus José Roberto Melati e Espólio de Aloísio Melati:

ACORDAM, em Grupo de Câmaras de Direito Civil, por votação unânime, julgar improcedente a ação rescisória. Custas legais.

RELATÓRIO

Ernesto Gobbato, Nanda Rolandi Gobbato e Incorporadora e Construtora Lago Maggiore Ltda. ajuizaram ação rescisória contra José Roberto Melati e Espólio de Aloísio Melati, representado pela viúva meeira e inventariante, Teresa Albereci Melati, no intuito de verem desconstituído o acórdão proferido pela Primeira Câmara de Direito Civil, nos autos da Apelação Cível n. 2000.003082-1, por entenderem violados os arts. 29, 30, 31, 35 e 58 da Lei n. 4.591/64; art. 28 do Código de Defesa do Consumidor; art. 50 do Código Civil; arts. 2º, 267, VI, 295, II, e 329 do Código de Processo Civil; e art. 5º, II e XXXIX, da Constituição Federal.

Alegam que não podem aceitar a decisão que os colocou na condição de incorporadores, pois de fato e de direito não o são. Acrescentam que a conclusão nesse sentido levou à violação do texto de lei.

Relatam que os réus compunham o grupo que edificaria os blocos A e B do edifício denominado Lago Maggiore, pelo sistema previsto no art. 58 da Lei n. 4.591/64, denominado "por administração" ou a "preço de custo", e que receberiam ao final suas unidades e suas cotas-partes das áreas comuns. Os autores Ernesto e Nanda, por sua vez, apenas receberam pelo negócio de venda do terreno, onde foi construído o edifício, uma equivalente quantidade de apartamentos, sem nenhuma vantagem ou lucro, enquanto a Incorporadora e Construtora Lago Maggiore Ltda. recebeu tão-somente o pagamento pelos serviços prestados.

Salientam que foram condenados como incorporadores, quando em verdade não passaram de permutantes e administradora do empreendimento, em clara ofensa ao art. 31 da Lei n. 4.591/64.

Argumentam que a inclusão de Ernesto Gobbato e Nanda Rolandi Gobbato na condenação, conforme exposto no acórdão que se pretende rescindir, é ilegítima, pois não possui fundamento legal previsto em nosso ordenamento, e não viola somente as normas processuais (arts. 267, VI, e 295, II, ambos do CPC) mas o art. 50 do Código Civil e art. 28 do Código de Defesa do Consumidor.

Asseveram ser necessária a rescisão do acórdão para incluir na lide o Condomínio Edifício Lago Maggiore – Bloco B.

Afirmam que foram condenados pelo Poder Judiciário a entregar aos réus valores que não receberam, em clara afronta ao princípio da legalidade, pois não há previsão no ordenamento jurídico que ampare tal decisão. Além disso, o julgado, nos termos em que foi proferido, ofertou uma prestação jurisdicional não requerida pelo interessado, ao desconstituir a personalidade jurídica da empresa Lago Maggiore Ltda. para imputar aos seus sócios o dever da devolução de valores.

Mencionam que a rescisão do julgado a respeito da multa prevista no art. 35, § 5º, da Lei n. 4.591/64 é pretendida porque a solução adotada fere literal disposição de lei e intenção do legislador, exposta naquele texto, pois a decisão deste Tribunal aplicou a penalidade como sanção pela falta de registro da incorporação, enquanto a lei determina sua aplicação por infringência da obrigação legal de celebrar formalmente o contrato.

Postulam, assim, a procedência da ação para excluir do pólo passivo os réus Ernesto Gobbato e Nanda Rolandi Gobbato; excluir a incidência da multa prevista no § 5º do art. 25 da Lei n. 4.591/64; excluir a obrigação da Incorporadora e Construtora Lago Maggiore Ltda., por ter sido mera administradora do empreendimento; e incluir no pólo passivo o Condomínio Edifício Lago Maggiore – Bloco B, observadas as normas processuais.

Por fim, pugnam pela concessão de liminar com vistas a suspender provisoriamente o curso da Execução n. 005.04.004168-3 até o julgamento da presente ação rescisória, com imediata comunicação ao Juízo da 2ª Vara Cível da comarca de Balneário Camboriú, bem como das Ações de Cobrança n. 005.05.012432-8 e 005.05.012275-9, ambas em tramitação no Juizado Especial Cível da mesma comarca.

Foi indeferida a antecipação da tutela (fls. 209-214).

Contra essa decisão, interpuseram os autores agravo regimental (fls. 232-236), o qual foi desprovido por este Grupo de Câmaras (fls. 239-249).

Em resposta, José Roberto Melati e o Espólio de Aloísio Melati refutaram as alegações dos autores, salientando que, em verdade, pretendem eles rediscutir matéria já decidida (fls. 251-261).

Afirmam que foram vítimas de autêntico estelionato civil cometido, dentre outros, por Ernesto Gobbato e Nanda Rolandi Gobbato, sócios da dita Incorporadora e Construtora Lago Maggiore Ltda., uma vez que eles, proprietários de um terreno situado em Balneário Camboriú, resolveram auferir lucro fácil com a edificação de um prédio de apartamentos. Para tanto constituíram uma empresa de fachada, e nela se ocultaram como únicos sócios. Acrescentaram que os autores firmaram um instrumento de permuta do terreno com a área construída, mas apenas de "gaveta", sem publicidade no Registro Imobiliário competente, e deram início, de imediato, tanto às vendas dos apartamentos, como às obras, tudo ao arrepio da lei civil e penal.

Relatam que não obtiveram seus contratos definitivos, nem poderiam obtê-los, porque os proprietários do terreno não aparecem como vendedores, ou promitentes vendedores dos apartamentos, e sim a pessoa jurídica por eles constituída, que é a Incorporadora e Construtora Lago

Maggiore Ltda., tampouco estão identificadas as frações ideais do terreno e da construção, as áreas privativa e comum.

Salientam que não há dúvida de que os autores Ernesto e Nanda Gobbato, a par do ato ilícito praticado, por meio do negócio imobiliário ilegal e enganoso, equiparam-se à figura do incorporador, assumindo idênticas responsabilidades que a ele competem, *ex vi* do disposto no art. 29 da Lei n. 4.591/64.

Ressaltam, por fim, que a aplicação da multa prevista no art. 35, § 5º, da Lei n. 4.591/64 deu-se pela ausência de prévio registro da incorporação, na forma prevista em lei.

Houve réplica à contestação (fls. 312-321).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Exmo. Sr. Dr. Anselmo Jerônimo de Oliveira, opinou pela improcedência da rescisória (fls. 325-326).

VOTO

Trata-de ação rescisória ajuizada por Ernesto Gobbato, Nanda Rolandi Gobbato e Incorporadora e Construtora Lago Maggiore Ltda. contra José Roberto Melati e Espólio de Aloísio Melati, com o desiderato de ver rescindido o acórdão proferido pela Primeira Câmara de Direito Civil, nos autos da Apelação Cível n. 2000.003082-1.

Visando desconstituir o julgado, afirmam, em síntese, que foram violados os arts. 29, 30, 31, 35 e 58 da Lei n. 4.591/64; art. 28 do Código de Defesa do Consumidor; art. 50 do Código Civil; arts. 2º, 267, VI, 295, II, e 329, todos do Código de Processo Civil; e art. 5º, II e XXXIX, da Constituição Federal.

Funda-se, assim, a pretensão dos autores no art. 485, V, do Código de Processo Civil, *verbis*:

Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

[...]

V – violar literal disposição de lei.

De início, cumpre destacar que o manejo da rescisória com fundamento no art. 485, V, do Código de Ritos reclama que o julgado tenha flagrantemente violado o dispositivo legal, de tal forma que a decisão se torne repulsiva ao texto da lei. Não basta, para tal, o mero inconformismo da parte com a solução adotada pelo julgador.

A respeito, Humberto Theodoro Junior acentua:

O conceito de violação de "literal disposição de lei" vem sendo motivo de largas controvérsias desde o Código anterior. Não obstante, o novo estatuto deliberou conservar a mesma expressão.

O melhor entendimento, a nosso modo de ver, é o de Amaral Santos, para quem sentença proferida contra literal disposição de lei não é apenas a que ofende a letra escrita de um diploma legal; "é aquela que ofende flagrantemente a lei, tanto quando a decisão é repulsiva à lei (*error in iudicando*), como quando proferida com absoluto menosprezo ao modo e forma estabelecidos em lei para a sua prolação (*error in procedendo*)".

Não se cogita de justiça ou injustiça no modo de interpretar a lei. Nem se pode pretender rescindir a sentença sob a invocação de melhor interpretação da norma jurídica aplicada pelo julgador (*Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. 46. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 685-686 e 761-762).

Na mesma direção, Theotonio Negrão afirma:

“para que a ação rescisória fundada no art. 485, V, do CPC prospere, é necessário que a interpretação dada pelo *decisum* rescindendo seja de tal modo aberrante que viole o dispositivo legal em sua literalidade. Se, ao contrário, o acórdão rescindendo elege uma dentre as interpretações cabíveis, ainda que não seja a melhor, a ação rescisória não merece vingar, sob pena de tornar-se recurso

ordinário com prazo de interposição de dois anos” (RSTJ 93/416) (*Código de processo civil e legislação processual em vigor*. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 534).

A jurisprudência não diverge:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. MATÉRIA PACIFICADA NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ART. 485, INCISO V, DO CPC. VIOLAÇÃO DE LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI. INOCORRÊNCIA.

Por não se tratar de sucedâneo de recurso, a ação rescisória fundada no art. 485, inciso V, do CPC só tem lugar em casos de flagrante transgressão à lei.

O fato de o julgado haver porventura adotado a interpretação menos favorável à parte, ou mesmo a pior dentre as possíveis, não justifica o manejo daquela demanda. Não se cuida de via recursal com prazo de dois anos (STJ, AR n. 2.261/PE, rel. Min. Castro Meira, j. em 13-12-2006, DJ 5-2-2007, p. 183).

AÇÃO RESCISÓRIA — VIOLAÇÃO LITERAL DE DISPOSIÇÃO LEGAL E ERRO DE FATO (ART. 485, INCS. V E IX, DO CPC) — INOCORRÊNCIA — PEDIDO IMPROCEDENTE.

1. Não implica em violação literal de disposição legal a decisão que se funda em interpretação da norma jurídica, ainda que suscetível de questionamento ou crítica, porém não aberrante (TJSC, AR n. 2005.008526-1, de Criciúma, rel. Des. Newton Janke, j. em 8-2-2007).

A questão central do inconformismo reside no fato de a decisão, objeto da rescisória, ter reconhecido os autores como incorporadores enquanto Ernesto e Nanda Gobbato entendem serem meros permutantes, e a Incorporadora e Construtora Lago Maggiore Ltda. apenas administradora da obra.

Discorrem que Ernesto e Nanda Gobbato ofereceram o terreno de sua propriedade, local onde foi construído o edifício, em troca do equivalente em apartamentos, sem nenhum tipo de vantagem ou lucro, e que o

terreno foi permutado para a empresa Incorporadora e Construtora Lago Maggiore Ltda. para que, na qualidade de administradora e em sistema de condomínio, procedesse à edificação.

Assim, ao se reconhecer no acórdão que os autores venderam as unidades a Aloísio e José Roberto, quando na verdade estes detinham plena ciência de que compunham um grupo que edificaria os blocos A e B do edifício denominado Lago Maggiore pelo sistema denominado "administração" (art. 58 da Lei n. 4.591/64), partiu-se de uma premissa equivocada e inexistente, o que acarretou, na ótica deles, violação literal da lei, passível de correção pela via rescisória.

Dispõe o art. 28 da Lei n. 4.591/64:

A incorporação imobiliária é a atividade exercida com o intuito de promover e realizar a construção, para alienação total ou parcial, de edificações ou conjunto de edificações compostas de unidades autônomas.

Assim, a incorporação é a forma pela qual se reúne o capital necessário para promover a construção de edificações, por meio da venda antecipada de fração ideal do terreno onde será erguida a construção.

Da ensinança de Thomaz Belley, citado por Zola Florenzano, colhe-se:

A incorporação é a forma pela qual o proprietário de um terreno nu reúne um grupo de interessados, vendendo, a cada um, uma parte ideal, com a condição precípua de nele construir um edifício, que na própria escritura é discriminado em planos horizontais, cabendo a cada um dos compradores uma parte autônoma e outra ideal nas coisas comuns do edifício. Do próprio título de aquisição nascem os direitos e obrigações dos contratantes, ou seja, o que hoje se denomina convenção (*Condomínio e incorporações*: comentários à lei de estímulo à construção civil. Forense, 1966. p. 101).

Segundo Wilson de Souza Campos Batalha,

o conceito de incorporação estende-se não só à promoção e realização da construção de edificações ou conjunto de edificações, compostas de unidades autônomas, mas também aos conjuntos de casas térreas e assobradadas, em construção ou a serem construídas, em terrenos com partes comuns (art. 8º, alínea *a*, da Lei n. 4.591/64), bem como a construção de habitações isoladas, em áreas rurais ou urbanas, para serem alienadas, a prazo, antes de concluídas (art. 68 da mesma lei) (*Comentários à lei de registros públicos*. 3. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1984. p. 570).

Já para Maria Helena Diniz a definição de incorporação é o "empreendimento que visa conseguir capital necessário para a construção do prédio, pela venda antecipada dos apartamentos" (*Curso de direito civil brasileiro*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1985. v. IV).

A par disso, é imperioso concluir que os autores, na qualidade de proprietários do terreno e sócios da empresa responsável pela edificação, figuram como incorporadores do Condomínio Edifício Lago Maggiore, por se equipararem a tal figura, na forma do art. 29 da Lei n. 4.591/64, *verbis*:

Considera-se incorporador a pessoa física ou jurídica, comerciante ou não, que embora não efetuando a construção, compromisse ou efetive a venda de frações ideais de terreno objetivando a vinculação de tais frações a unidades autônomas, em edificações a serem construídas ou em construção sob regime condominial, ou que meramente aceite propostas para efetivação de tais transações, coordenando e levando a termo a incorporação e responsabilizando-se, conforme o caso, pela entrega, a certo prazo, preço e determinadas condições, das obras concluídas.

A propósito, Caio Mário da Silva Pereira conceitua e identifica a figura do incorporador:

Um indivíduo procura o proprietário de um terreno bem situado, e incute-lhe a idéia de realizar ali a edificação de um prédio coletivo. Mas nenhum dos dois dispõe de numerário e nenhum deles tem possibilidade de levantar por empréstimo o capital, cada vez mais vultoso, necessário a levar a termo o empreendimento. Obtém, en-

tão, opção do proprietário, na qual se estipulam as condições em que este aliena o seu imóvel. Feito isto, vai o incorporador ao arquiteto, que lhe dá o projeto. O construtor lhe fornece o orçamento. De posse dos dados que lhe permitem calcular o aspecto econômico do negócio (participação do proprietário, custo da obra, benefício do construtor e lucro), oferece à venda as unidades. Aos candidatos à aquisição não dá um documento seu, definitivo ou provisório, mas deles recebe uma "proposta" de compra, em que vêm especificadas as condições de pagamento e outras minúcias. Somente quando já conta com o número de subscritores suficientes para suportar os encargos da obra é que o incorporador a inicia. Se sua execução se dá por empreitada, contrata com o empreiteiro; se por administração, ajusta esta com o responsável técnico e contrata o calculista, contrata os operários, contrata o fornecimento de materiais etc.

Vendidas todas as unidades, promove a regularização da transferência de domínio, reunindo em uma escritura única o vendedor e compradores que este nunca viu, aos quais são transmitidas as respectivas quotas ideais do terreno. Normalmente, os contratos com o construtor, fornecedores, empreiteiros de serviços e empregados são feitos em nome dos adquirentes, que o incorporador é encarregado de representar. Quando o edifício está concluído, obtém o "habite-se" das autoridades municipais, acerta suas contas com cada adquirente e lhe entrega as chaves de seu apartamento. Normalmente, é o incorporador que promove a lavratura da escritura de convenção de condomínio.

Nem sempre é observado todo este esquema.

Pode o incorporador, como nota Pontes de Miranda, ser o próprio dono do terreno, que pretende promover a elevação do edifício; ou pode ser um condômino; ou titular de um direito de opção, que é a hipótese mais freqüente; ou um simples especulador (*Condomínio e incorporações*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976. p. 231-233).

Dessa feita, não há violação literal de lei que autorize a rescisão do julgado, para o fim de declarar a ilegitimidade dos autores para figurarem no pólo passivo da demanda, a qual objetivava a rescisão do contrato de incorporação, administração e construção de edifício residencial a preço

de custo, pois o julgado rescindendo, com base nas provas produzidas e em disposição legal, considerou os autores como incorporadores.

Por oportuno, cumpre salientar que não se considera ofensa a disposição de lei a interpretação favorável ou desfavorável a uma das partes. Nesse sentido, dispõe a Súmula 343 do Supremo Tribunal Federal: "não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais".

Por outro lado, verifica-se que o julgado aplicou corretamente a multa prevista no art. 35, § 5º, da Lei n. 4.591/64.

Ficou plenamente demonstrado que a incorporação do empreendimento não foi devidamente inscrita no Registro Imobiliário, fato este que ocasionou a imposição da referida multa, pois a ausência de registro da incorporação impossibilitou a celebração dos contratos relativos às frações ideais do terreno adquiridas pelos réus.

Nesse sentido:

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA. MULTA. APLICAÇÃO. CDC. MATÉRIA JURÍDICA NÃO APRECIADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. INDENIZAÇÃO. FATOS E PROVAS INSUSCETÍVEIS DE REEXAME.

[...]

— O art. 32 da Lei n. 4.591/64 dispõe que a incorporadora somente poderá negociar as unidades autônomas após ter arquivado, no cartório competente de Registro de Imóveis, a respectiva incorporação.

— O descumprimento da obrigação que incumbe à incorporadora de proceder à outorga válida do contrato de compra e venda de fração ideal de terreno no prazo fixado em Lei, impõe a aplicação da multa prevista no art. 35, § 5º, da Lei n. 4.591/64 (STJ), REsp.

n. 678.498/PB, relatora Ministra Fátima Nancy Andriighi, j. em 25-9-2006, DJ 9-10-2006, p. 286).

AVERBAÇÃO NO REGISTRO DE IMÓVEIS INVIABILIZADA — DOCUMENTOS NÃO ARQUIVADOS — COMINAÇÃO DE MULTA LEGAL — UNIDADES AUTÔNOMAS COMERCIALIZADAS IRREGULARMENTE — APLICAÇÃO DO ART. 32 E § 5º DO ART. 35, AMBOS DA LEI N. 4.591/64 (TJSC, Ap. Cív. n. 1999.010380-3, de Joinville, rel. Des. Wilson Augusto do Nascimento, j. em 29-11-2001).

Frisa-se que o art. 32 da Lei n. 4.591/64 prevê que o incorporador somente poderá negociar as unidades autônomas após ter arquivado, no cartório competente de Registro de Imóveis, os documentos relativos à edificação, uma vez que tal arquivamento juntamente com o registro constitui-se na incorporação do empreendimento, que autoriza a comercialização das unidades autônomas.

Em casos análogos, assim decidiu este Tribunal:

ANULAÇÃO DE CONTRATO DE COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA. INCORPORAÇÃO. REGIME DE ADMINISTRAÇÃO. REGISTRO INOCORRENTE. MÁ-FÉ POR PARTE DA RÉ. DEVER DE DEVOLUÇÃO DAS PARCELAS PAGAS.

A incorporação é a atividade exercida com o intuito de promover e realizar a construção de uma edificação, composta de unidades autônomas, para sua alienação total ou parcial. O incorporador, nos termos do art. 28, c/c 31 da Lei de Condomínios e Incorporações — Lei n. 4.591/64, pode ser o próprio construtor, sendo que o art. 48 do mesmo diploma reza que a construção de imóveis, objeto de incorporação, nos moldes previstos na lei, poderá ser contratada sob o regime de empreitada ou de administração.

A construção por administração ou a preço de custo é paga pelos aderentes à incorporação, sob forma de rateio dos gastos mensais feitos pelo incorporador ou pelo construtor, ao passo que a construção por empreitada é feita por preço fixo ou reajustável por índices previamente determinados.

Em ambos os casos, porém, conforme art. 32 da Lei n. 4.591/64, é dever legal do incorporador, anterior mesmo à feitura dos contratos de alienação das unidades autônomas, inscrever a incorporação no registro imobiliário para efeitos de publicidade e ingresso dos títulos e instrumentos negociais das frações ideais de terreno e reserva das unidades, sob pena de anulação das avenças firmadas com particulares e devolução de todas as parcelas pagas (Ap. Cív. n. 1999.010540-7, de Chapecó, rel. Des. Carlos Prudêncio, j. em 19-8-1999).

RESCISÃO DE CONTRATO DE COMPRA E VENDA. INCORPORAÇÃO IRREGULAR E INADIMPLENTO CONTRATUAL DA RÉ. ATRASO NA ENTREGA DA OBRA. ALEGADA CRISE NO SETOR DA CONSTRUÇÃO CIVIL. IMPOSSIBILIDADE DE SE CONSIDERAR CAUSA EXONERATIVA DA OBRIGAÇÃO. MULTA. INCIDÊNCIA DO ART. 35, § 5º, DA LEI N. 4.591/64.

"Incorporação imobiliária. Rescisão contratual. Unidades negociadas antes e sem o registro imobiliário da documentação exigida no art. 32 da Lei Federal n. 4.591/64. Ação procedente. Recurso não provido" (JTJ 125/161).

"1. Civil. Condomínio e incorporação (Lei n. 4.591/64). Obrigações do incorporador com o adquirente. O incorporador só se acha habilitado a negociar sobre unidades autônomas uma vez registrados os documentos pertinentes (art. 32). À falta de registro, os contratos firmados com o adquirente deixam de ter validade, daí a correta incidência da multa prevista no § 5º do art. 35.

"2. Recurso conhecido e provido" (STJ, REsp. n. 57.788-8/DF, rel. Min. Waldemar Zveiter) (Ap. Cív. n. 1997.014574-8, de Brusque, rel. Des. Cesar Abreu, j. em 22-10-2001).

Ainda, quanto à questão do litisconsórcio passivo necessário do Condomínio Edifício Lago Maggiore – Bloco B, considerando que os autores são incorporadores, conforme acima especificado, não há razão para incluí-lo no pólo passivo do feito, pois a rescisão dos contratos deve ser pleiteada perante aqueles.

Dito isso, é forçoso concluir que o julgado em nenhum momento viola disposição literal de lei, razão pela qual deve ser julgada improcedente a presente rescisória.

Ademais, observa-se que os autores apenas reeditaram na presente os argumentos que já haviam lançado no recurso de Apelação Cível n. 2000.003082-1, os quais foram devidamente apreciados pelo eminente Des. Ruy Pedro Schneider, no acórdão que pretendem desconstituir.

Na verdade, em suma, as alegações dos autores restringem-se a re-discutir e atacar o que já fora exaustivamente decidido, de modo que não passa a pretensão de mero pedido de reapreciação da matéria pela via da ação rescisória.

Porém, na ação rescisória é vedada qualquer discussão sobre as matérias já discutidas e julgadas pela sentença rescindenda, uma vez que o procedimento adotado não tem caráter de recurso ordinário; pode apenas modificar a sentença proferida nas hipóteses taxativas previstas no artigo 485 do Código de Processo Civil.

A jurisprudência é pacífica quanto à impossibilidade de rediscussão da causa em rescisória:

A ação rescisória, na fase rescindente, não é juízo de reexame ou retratação, à semelhança do que ocorre com os recursos ordinários. É um juízo de verificação da ofensa clara e inequívoca à literal disposição de lei, que constitui o fundamento da conclusão da decisão (STJ, AR 1.135, rel. Min. Alfredo Buzaid, RTJ 110/505).

ACÇÃO RESCISÓRIA. VIOLAÇÃO. DISPOSIÇÃO. LEI. INEXISTÊNCIA. PRETENSÃO. REEXAME. PROVA. IMPOSSIBILIDADE.

[...]

2. O reexame do conjunto fático-probatório é impróprio à via rescisória, objetivando corrigir erro de legalidade, dada a sua natureza

excepcional (STJ, AR 2.994/SP, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. em 9-11-2005, DJ 20-3-2006, p. 188).

[...] INADMISSIBILIDADE DA RESCISÓRIA. ERRO DE FATO OU VIOLAÇÃO À LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI NÃO CARACTERIZADOS. AUSÊNCIA DE QUALQUER DAS HIPÓTESES DO ARTIGO 485 DO CPC. AÇÃO QUE NÃO SE PRESTA AO REEXAME DA MATÉRIA. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

“A ação rescisória, na fase rescindente, não é juízo de reexame ou retratação, à semelhança do que ocorre com os recursos ordinários. É um juízo de verificação da ofensa clara e inequívoca à literal disposição de lei, que constitui o fundamento da conclusão da decisão” (RTJ 110/505) (TJSC, AR n. 2003.016871-0, da Capital, rel. Des. Marcus Tulio Sartorato, j. em 30-3-2006).

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. INDENIZAÇÃO POR ATO ILÍCITO. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSITIVO DE LEI (CPC, ART. 485, V). INOCORRÊNCIA. MANIFESTAÇÃO JUDICIAL SOBRE O TEMA. ACÓRDÃO RESCINDENDO MANTIDO.

A ação rescisória não é o meio apropriado para analisar o acerto ou desacerto da interpretação dos fatos realizada pelo julgador, tampouco se presta ao reexame da prova produzida ou à sua complementação. Assim, ausente qualquer das hipóteses autorizadoras da desconstituição do julgado, previstas no artigo 485 do Código de Processo Civil, impõe-se a improcedência do pedido rescisório (TJSC, AR n. 2005.024303-8, de Urussanga, rel. Des. Luiz Carlos Freyesleben, j. em 14-3-2007).

[...] Não há violação à literal disposição de lei que justifique a rescisão do *decisum*, quando as questões trazidas na rescisória já foram objeto de apreciação no acórdão trânsito em julgado, não podendo ser rediscutido (TJSC, AR n. 1999.005782-8, da Capital, rel. Des. Volnei Carlin).

Ademais, convém lembrar a lição de Ulderico Pires dos Santos:

Se os julgamentos claudicam cometendo injustiças, o meio de correção é o recurso de apelação e embargos infringentes e o fundamento

do juízo rescindente é *stricti iuris*, dando lugar ao exame da violação do direito expresso, do direito em tese, decorrendo ser a rescisória "um remédio excepcional para as hipóteses, muito raras, em que a sentença fere a lei, em sua disposição literal, e deixa, então, prevalecer o princípio *res judicata pro veritate habetur*. É própria para corrigir a violação da *ius in thesi*, na citação de Orozimbo Nonato" (Teoria e prática da ação rescisória. In: MIRANDA JÚNIOR, Darci Arruda et al. *CPC nos Tribunais*. Jurídica Brasileira. p. 5.349).

Ante o exposto, em face da ausência de violação de literal disposição de lei, julga-se improcedente a ação rescisória, nos termos do art. 269, inciso I, do Código de Processo Civil.

Condenam-se os autores ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 10% (dez por cento) do valor dado à causa, conforme o disposto no art. 20, §§ 3º e 4º, do Código de Processo Civil. Reverte-se, em favor dos réus, o depósito de 5% (cinco por cento) sobre o valor da causa efetuado pelos autores, conforme estabelece o art. 494, 2ª parte, do Código de Ritos.

DECISÃO

Nos termos do voto do Relator, julga-se improcedente a ação rescisória.

O julgamento, realizado no dia 12 de setembro de 2007, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Mazoni Ferreira, com voto, e dele participaram os Exmos. Srs. Des. Luiz Carlos Freyesleben, Salete Silva Sommariva, Maria do Roccio Luz Santa Ritta e Monteiro Rocha. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Anselmo Jerônimo de Oliveira.

Florianópolis, 21 de setembro de 2007.

Fernando Carioni
RELATOR

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

AGRAVO DE INSTRUMENTO

Agravo de Instrumento n. 2007.002085-2, da Capital

Relatora designada: Desa. Maria do Rocio Luz Santa Ritta

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE *ASTREINTES*. LEVANTAMENTO, SEM CAUÇÃO IDÔNEA, DE VULTOSA CIFRA PECUNIÁRIA. IMPOSSIBILIDADE.

I. As *astreintes* representam meio de coerção indireta vocacionado à tutela específica de obrigações de fazer, positivas ou negativas (art. 461, CPC), ou do dever jurídico de entregar coisa (art. 461-A, CPC), relegando para segundo plano o sucedâneo das perdas e danos (art. 461, § 1º, CPC). Não possuem tônica indenizatória ou compensatória ao credor da prestação inadimplida (art. 461, § 2º, CPC), tampouco gênese essencialmente punitiva, característica apenas remota, recôndita na forma de sanção pecuniária. O escopo das *astreintes*, na verdade, é dirigido ao fim de incutir pressão psicológica sobre o destinatário de ordem mandamental, instando-o, com cominação persuasiva, à adoção da postura de fazer, não fazer ou entregar em benefício da parte adversa. Em vista dessa predefinição vocacional, ao beneficiário da prestação que a multa visa assegurar, beneficiário, também, da própria multa, se impõe a tarefa de utilizá-la de acordo com essa finalidade, sob pena de desfiguração jurídica e de contrariedade

ao ordenamento, não sendo viável se lhe emprestar outra função ou destino.

II. Fixada a multa cominatória em decisão não definitiva, fundada em título judicial instável, a via apta para que o beneficiário a use conforme sua natureza é a deflagração de execução provisória (arts. 475-I e 475-O, CPC), iniciando atos concretos de constrição patrimonial e realmente instando a parte adversa, ainda renitente, ao cumprimento da obrigação específica. Nessa fase provisória do cumprimento de sentença, não oferecida nem prestada caução idônea (art. 475-O, III, CPC), tampouco configuradas as exceções legais de dispensa à medida de contracautela (art. 475-O, § 2º, I e II, CPC), correta se afigura a decisão que impede o imediato levantamento de vultosa cifra pecuniária.

III. Existência, ademais, de fundamentos subjacentes que justificam o recebimento da impugnação ofertada no efeito suspensivo, circunstância impeditiva, ausente caução, da liberação do numerário penhorado (art. 475-M, § 1º, CPC).

III.I. Com efeito. Expirado o prazo marcado para o cumprimento da ordem mandamental, cabe à parte beneficiária da multa, para extrair-lhe a utilidade, exigi-la em execução provisória e, com ela, exigir reflexamente a prestação específica. As *astreintes* não substituem a prestação originária e, assim, não é dado à parte deixar de executá-las, abster-se de pressionar o devedor, preferindo que a obrigação pecuniária se avolume para reclamá-la anos após, esquecida a pretensão inicialmente buscada. Tal conduta equivaleria à conversão da obrigação em perdas e danos, só que sem o limite da extensão do dano material, em visível enriquecimento ilícito e em desvirtuamento do escopo das *astreintes*. Disso resulta, em interpretação sistêmica, que, escoado o lapso marcado para o cumprimento da ordem judicial, a multa passa

a ter aptidão para incidir, mas fica com exigibilidade suspensa, sob condição, até que haja a provocação de execução provisória e a intimação do onerado, termo inicial da cobrança. E por nesse prisma, versando a execução, retroativamente, sobre prestações do período anterior à execução provisória, a plausibilidade jurídica da tese de locupletamento ilícito e o perigo de dano irreparável autorizam se confira duplo efeito à impugnação.

III.II. Não possuindo aptidão para formar coisa julgada material o comando decisório que fixa indevidamente, em cautelar de exibição, multa diária por descumprimento (art. 468, CPC), e sendo evidente o desvirtuamento no uso das *astreintes* pela parte beneficiária, possível se afigura ao juiz da execução, em sede de impugnação, rever a existência e o valor da cifra executada, fundamento relevante que, somado ao perigo de dano, autoriza a retenção judicial das quantias.

IV. Agravo de instrumento desprovido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2007.002085-2, da comarca de Capital (3ª Vara Cível), em que são agravantes Clécio Motta Espezim e outra, e agravada Santander Brasil Seguros S.A.:

ACORDAM, em Primeira Câmara de Direito Civil, por maioria de votos, negar provimento ao recurso, vencido o Relator. Custas legais.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Clécio Motta Espezim, representado por curador, e por sua mulher Zenaide Marques Espezim da decisão do Dr. Juiz de Direito da 3ª Vara Cível da comarca da Capital que, em fase de cumprimento provisório de sentença (arts. 475-I e 475-O, CPC) instaurada em face de Santander Brasil Seguros S.A.,

recebeu no efeito suspensivo a impugnação apresentada (arts. 475-L e 475-M, CPC), impedindo o imediato levantamento da expressiva cifra de R\$ 2.727.929,78 (dois milhões, setecentos e vinte e sete mil, novecentos e vinte e nove reais e setenta e oito centavos), penhorada a título de direito creditício derivado da cominação judicial de *astreintes* diárias, sanções processuais, custas e honorários advocatícios.

VOTO

1. Inicialmente, cabe estabelecer breve quadro retrospectivo.

Em meados de 2000, os agravantes Clécio Motta Espezim e Zenaide Marques Espezim aforaram medida cautelar de exibição de documentos (art. 844, II, CPC), em caráter preparatório, em face da agravada Santander Brasil Seguros S.A., buscando a apresentação de contratos de seguro acaso firmados pelas partes para, constatada a existência de crédito, instruir futura ação de cobrança (fls. 34-51).

Recebida a petição inicial, foi deferida, na data de 2-10-2000, medida liminar que determinou a exibição dos documentos requisitados, sob pena de multa diária, apresentando a seguradora, em 20-11-2000, após regular citação, a apólice n. 019300000374 (fls. 56-57).

Posteriormente, em sentença exarada na data de 5-5-2001, foi reconhecida a necessidade de exibição, também, da apólice n. 10193000012, supostamente omitida, e bem assim de "toda e qualquer apólice, termo de adesão ou opção, cartão proposta, certificados de seguro ou outros documentos" existentes, impondo-se à seguradora a obrigação de fazê-lo, sob pena de multa diária, e condenando-a ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios, fixados em 20% (fls. 68-71).

Tal sentença foi desafiada por apelação desprovida. Da parte final do julgado, datado de 30-6-2003, constou a resolução alcançada pela antiga composição deste órgão: "ACORDAM, em Primeira Câmara de Direito

Civil, por votação unânime, conhecer e negar provimento ao recurso, adequando a sentença, e fixar em R\$ 1.000,00 (mil reais) o valor diário da multa referida na parte dispositiva da sentença de fl. 91. De ofício, aplicar a litigância de má-fé em 1% (um por cento) de multa mais 20% por perdas e danos sobre o eventual direito da parte recorrida, constante da apólice de seguro" (fl. 79).

Houve, na seqüência, a oposição de embargos declaratórios. Neles se alegava que a apólice exibida com a contestação era a mesma cuja exibição determinou o acórdão, devendo-se a diversidade de números, entre uma e outra, à incorporação da antiga seguradora pelo Santander e aos novos registros que daí resultaram (fls. 94-99). Esse recurso, noticiando o suposto cumprimento do comando de exibição, foi considerado intempestivo e rejeitado monocrática (fl. 103) e colegiadamente (fls. 113-116).

Aviado recurso especial (fls. 123-133), decisão da 3ª Vice-Presidência negou-lhe trâmite (10-10-2005), seguindo-se agravo de instrumento ao Superior Tribunal de Justiça, desprovido monocraticamente (23-5-2006), e agravo regimental ao colegiado, pendente de julgamento. Nesse recurso pendente, discute-se a tempestividade dos embargos a fim de que, reconhecida tal circunstância, sejam os autos remetidos à Corte de origem para que se conheça da alegação de cumprimento da exibição e se analise.

O histórico dos autos principais é esse.

No meio-tempo, porém, entre o julgamento da apelação e o desfecho do recurso especial, até o momento indefinido, foi postulada e deferida, em 24-8-2005, a extração de carta de sentença (fls. 159-208), motivando pedido de instauração, na origem, de execução provisória (fls. 17-24). Tal pedido, visando à satisfação pecuniária da multa diária de R\$ 1.000,00 (mil reais) -- do período inicial de 9-10-2000 ao final de 9-10-2005 -- e das sanções processuais, custas e honorários reconhecidos na cautelar, vem-se conduzindo de acordo com o novo regime de cumprimento de sentença

introjeto no ordenamento pela Lei n. 11.232/05. O valor executado atinge a cifra de R\$ R\$ 2.727.929,78 (dois milhões, setecentos e vinte e sete mil, novecentos e vinte e nove reais e setenta e oito centavos).

Instaurada a execução provisória e formalizada a penhora de numerário na importância postulada (fl. 351), a impugnação apresentada pela seguradora (fls. 370-395) foi recebida no efeito suspensivo pela decisão objurgada (fls. 417-419), coarctado o imediato levantamento dos valores constrictos.

Contra tal decisão se volta o presente agravo, em que se postula: a) "a imediata expedição de alvará judicial para o levantamento da quantia penhorada, pelo procurador dos exequentes, nos autos da execução de sentença n. 023.05.0477121-1, afastando-se por conseguinte a suspensão da execução"; b) eventualmente, caso mantida a atribuição de efeito suspensivo da impugnação, se reconheça a possibilidade de execução provisória, autorizando-se o levantamento de valores com a dispensa de caução, "consoante extrai-se de Processo Civil"; ou c) por fim, declarada a natureza alimentar dos valores, haja "liberação mensal do valor de 60 (sessenta) vezes o salário mínimo, ou seja, R\$ 21.000,00 (vinte e um mil reais) mensais, na forma do que dispõe o inciso I do § 2º do art. 475-O do Código de Processo Civil, como aliás fora inicialmente requerido no pedido de antecipação de tutela ainda não apreciado pelo r. Juiz *a quo*" (fl. 13).

Enfim: a tônica do recurso versa sobre a possibilidade de liberação, em fase de cumprimento provisório de sentença, de vultosa quantia constituída, quase toda ela, de *astreinte* fixada de longa data em cautelar preparatória não transitada em julgado.

2. Nesse quadro o desprovemento é imperativo. Pelas várias razões que passo a expor.

2.1. Em perspectiva ontológica, as *astreintes* representam meio de coerção indireta (cf. REsp. n. 771.616) vocacionado à tutela específica de obrigações de fazer, positivas ou negativas (art. 461, CPC), ou de dever jurídico de entregar coisa (art. 461-A, CPC), relegando para segundo plano o sucedâneo das perdas e danos (art. 461, § 1º, CPC). Não possuem tônica indenizatória ou compensatória ao credor da prestação inadimplida (art. 461, § 2º, CPC), tampouco a gênese essencialmente punitiva das sanções processuais (art. 14, V, e parágrafo único, CPC), característica apenas remota, porque recôndita na forma de sanção pecuniária. O escopo das *astreintes*, na verdade, é dirigido ao fim de inculcar pressão psicológica sobre o destinatário de ordem mandamental, instando-o, com cominação persuasiva, à adoção da postura de fazer, não fazer ou entregar em benefício da parte adversa.

Na linha de definição doutrinária:

A multa diária, ou *astreintes*, tem por objetivo coagir o devedor a satisfazer, com maior exatidão possível, a prestação de uma obrigação, fixada em decisão judicial ou em título extrajudicial. Daí dizer a doutrina que a multa diária é medida coativa (ou coercitiva e não reparatória ou compensatória) e tem características patrimonial e psicológica. É a combinação de dinheiro e tempo.

Barbosa Moreira ensina que “a ordem judicial de que o réu omita (ou cesse) a atividade ilícita, a fim de ter eficiência prática, precisa ser assistida da cominação ou sanção (ou sanções) para o caso de descumprimento. A vontade do réu é solicitada à ação pelo beneficiário que ele espera conseguir; torna-se um contra-estímulo, que o induza à abstenção. O contra-estímulo há de consistir na ameaça de uma conseqüência desvantajosa, e será suficientemente forte, em princípio, na medida em que a desvantagem possa exceder o benefício visado. A renúncia a este, vista naturalmente pelo réu como um mal, resultará então do desejo de evitar um mal maior”.

A multa diária não é pena para sancionar o devedor pelo fato de não ter cumprido a obrigação. Também não tem natureza de ressarcimento de danos. É meio de coação, de simples ameaça, que

tem por escopo constranger o devedor a cumprir a ordem judicial, com finalidade de obter o resultado ideal.

É digno de registro que a multa não tem a mesma natureza da obrigação a ser prestada nem se identifica com as perdas e danos que possuem valor determinado, exato e definitivo. Não se prega valor limitado. O juiz poderá, a pedido da parte ou de ofício, modificar o seu valor, caso verifique que se tornou insuficiente e excessivo. A multa pode ultrapassar o valor da obrigação ou das perdas e danos (CARVALHO, Fabiano. Execução da multa (astreintes) prevista no art. 461 do CPC. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 114, março/abril 2004).

A multa cominatória, portanto, enquanto instituto jurídico, é predisposta a impelir o destinatário de ordem mandamental a cumprir prestação obrigacional específica. A aplicação das *astreintes*, estando umbilicalmente ligada a tal finalidade, a ela se vê manietada. Tanto é assim que a incidência da multa cessa com o cumprimento da ordem ou a impossibilidade material de se cumpri-la (cf. AMARAL, Guilherme Rizzo. *As astreintes e o processo civil brasileiro*: multa do artigo 461 do CPC e outras. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. Prefácio), porque deixa de aparecer o fato-base que a justifica. E tanto é assim que a própria intensidade ou periodicidade das *astreintes* pode ser aumentada ou reduzida pelo juiz, a qualquer tempo, em caso de desproporção, excesso ou irrisão que exorbitem, menoscabem ou escapem à finalidade psicológica de induzir ao cumprimento da prestação (art. 461, § 6º, CPC), mecanismo que coíbe, também ele, a desfiguração funcional.

Em tal cenário, bem apreendido, no ambiente normativo, o perfil das *astreintes*, qualquer outra função ou destino que se lhe empreste, que venha a divorciá-la dessa natureza jurídica coercitiva, implica desvirtuamento e, logo, infirmação do sustentáculo à concepção da medida, com a conseqüente fuga do regime próprio e ilegalidade congênita. Ao beneficiário da prestação que a multa visa assegurar, beneficiário, também, da própria

multa, se impõe, portanto, a tarefa de utilizá-la de acordo com essa finalidade preconcebida, sob pena de contrariedade ao ordenamento.

2.2. Posto isso, certo é que, fixada a multa -- como no caso -- em decisão liminar, fundada em cognição sumária e em título judicial precário, a via apta para que o beneficiário a use conforme sua natureza não é a inércia, contando com que o destinatário da ordem sinta o temor de um dano pecuniário futuro (cf. Fabiano Carvalho, *op. cit.*). Providência hábil é a imediata deflagração de execução provisória (art. 273, § 3º, CPC e art. 475-I, CPC), iniciando atos concretos de constrição patrimonial e realmente pressionando a parte adversa, ainda renitente, ao cumprimento da obrigação, existindo a possibilidade, ainda, de pedido de conversão da ordem judicial em medidas que assegurem o resultado prático equivalente, como busca e apreensão de documentos e coisas e etc. (art. 461, § 5º, CPC). A inércia, só contando com o curso dos dias, não desvela adequação.

É importante fincar, no ponto, a noção de que a provisoriedade do título liminar que fixou a multa, escorado em cognição apenas sumária (art. 273 e §§ 2º, 4º e 5º, CPC), não impede – antes autoriza – a instauração de execução provisória, que impõe restrições e cautelas à satisfação do direito reclamado (cf. BATISTA, Alexandre Jamal. *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil*: leis n.10.352/2001, 10.358/2001 e 10.444/2002. São Paulo: Saraiva, 2002 – org. Hélio Rubens Batista Ribeiro) e compatibiliza a via de execução com a instabilidade do título (arts. 475-J, § 1º, e 475-O, CPC). Não se exige, portanto, para fins de deflagrar a execução provisória, que a parte ostente título investido em cognição exauriente e roupagem de definitividade, porque também as "decisões interlocutórias, principalmente sob a forma de liminares, franqueiam acesso à execução forçada", e assim o fazem porque "a nota fundamental" dos títulos judiciais reside, "concretamente, na eficácia condenatória do ato decisório, e não na sua tipificação" legal enquanto sentença (art. 475-N, I, CPC) ou

interlocutória (ASSIS, Araken de. *Manual do processo de execução*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 131).

Nesse sentido é a posição do Superior Tribunal de Justiça:

FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. INTERRUPTÃO. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA. RELIGAMENTO. DESCUMPRIMENTO. *ASTREINTES*. EXECUÇÃO. POSSIBILIDADE.

I – Trata-se de recurso especial interposto contra o acórdão que manteve decisão interlocutória que determina a imediata execução de multa diária pelo descumprimento da ordem judicial.

II – Considerando-se que a "[...] função das *astreintes* é vencer a obstinação do devedor ao cumprimento da obrigação de fazer ou de não fazer, incidindo a partir da ciência do obrigado e da sua recalcitrância" (REsp nº 699.495/RS, Rel. Min. LUIZ FUX, DJ de 05.09.05), é possível sua execução de imediato, sem que tal se configure infringência ao artigo 475-N, do então vigente Código de Processo Civil.

III – "Há um título executivo judicial que não se insere no rol do CPC 475-N mas que pode dar ensejo à execução provisória (CPC 475-O). É a denominada decisão ou sentença liminar extraída dos processos em que se permite a antecipação da tutela jurisdicional, dos processos cautelares, ou das ações constitucionais" (CPC comentado, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, Editora Revista dos Tribunais, 9ª ed., pág. 654).

IV – A hipótese em tela se coaduna com o que disposto no artigo 461, § 4º, do CPC, tendo em vista o pleno controle da recorrente sobre a execução da ordem judicial.

V – Recurso especial improvido (REsp. n. 885.737/SE, rel. Min. Francisco Falcão).

Por tal óptica, a decisão liminar que comina multa constitui título jurídico apto à instauração da fase de cumprimento da sentença em caráter provisório. Uma vez a obtendo, compete à parte beneficiária exigi-la em execução provisória e, com ela, exigir reflexamente a prestação específica, objetividade jurídica perseguida em juízo, cuja tutela é apenas instru-

mentalizada por meio da multa. As *astreintes* não substituem a prestação originária e, assim, não é dado à parte deixar de executá-las, abster-se de pressionar o devedor até o último instante, preferir que a obrigação pecuniária se avolume para posteriormente executá-la, enfim, esquecer-se da prestação de fazer originariamente buscada. Tal conduta equivaleria, no fundo, à conversão da obrigação em perdas e danos, só que sem o limite da extensão do dano material, porque a multa a ele não se sujeita. Admiti-la seria chancelar evidente enriquecimento ilícito, desvirtuando o próprio escopo da *astreinte* em desrespeito ao esquema normativo. Haveria fuga ao regime jurídico da multa cominatória, preocupação, aliás, já percebida pelo Min. Francisco Falcão, no julgamento do REsp. n. 703.701, ao anotar no corpo do voto:

Faz-se impositivo observar ainda que o Mandado de Segurança referido, que deu ensejo à cobrança da multa, parece ter perdido para seus impetrantes qualquer importância, em razão do astronômico valor que se pretende através do incidente processual em debate. Na verdade, transmudou-se o interesse dos impetrantes, assim como se transferiu a legitimidade passiva do *mandamus* do poder público para as empresas privadas, substitutas tributárias, impondo às mesmas verdadeiro confisco.

Em tal enfoque, ligando o regime de aplicação da multa a sua própria natureza jurídica, duas premissas se estabelecem: a) à parte que deseja extrair a real utilidade das *astreintes*, quando fixadas estas em decisão liminar, é possível -- e mesmo recomendável -- executá-las provisoriamente; b) não lhe é possível, porém, quedar-se inerte com vistas a que a obrigação pecuniária se avolume no tempo, cobrando-a, como se fora o sucedâneo das perdas e danos, apenas ao final da lide.

Tais premissas, naturalmente, enlaçam desdobramentos na execução da cominação pecuniária. É que se para extrair a utilidade da multa, em seu aspecto puro, cabe à beneficiária executá-la provisoriamente sem esperar que “fermente” a obrigação, é intuitivo que o valor a ser cobrado só possa

referir-se ao período cronológico posterior à intimação do onerado sobre a instauração da fase de execução. Antes disso, não se estará inculcando pressão psicológica hábil no espírito do devedor, nem se terá configurado, de fato, o efetivo descumprimento do comando judicial prescrevendo a obrigação de fazer (cf. REsp. n. 123.645). O regime a observar, portanto, passa a ser o seguinte: expirado prazo razoável para o cumprimento da obrigação, ou exaurido o termo expressamente fixado pelo juiz, a multa tem aptidão para incidir desde logo, mas fica com exigibilidade suspensa, sob condição, até que haja o aforamento de execução provisória e a intimação do onerado. A multa não incide *ipso iure* do escoamento do prazo. Apenas adquire potencialidade para fazê-lo, contanto que atendida a condição de cobrança executiva.

A matéria não é propriamente nova. Esta Corte já decidiu:

Execução de sentença. Ação cominatória. Preliminares de deserção e intempestividade do recurso afastadas. 1) Execução de n. 23.470: Estipulação de multa diária para o caso de descumprimento da decisão. Termo inicial da multa: data da citação da devedora na ação de execução de título judicial. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. Inadmissibilidade da cobrança da multa. 2) Execução de n. 22.755: Cassação da sentença. Prosseguimento da execução quanto aos honorários advocatícios e custas processuais que não foram quitados. Recurso parcialmente provido.

“[...] O termo inicial da pena pecuniária deve corresponder ao momento em que configurado o inadimplemento por parte do devedor. Findo o prazo determinado pelo Juiz, após a citação do devedor para os termos da execução, haverá então lugar para a exigência da multa. Precedentes do STJ. Recurso especial não conhecido” (in REsp. n. 141782/MG, rel. Ministro Barros Monteiro, Quarta Turma, j. 15-3-2005, DJ de 2-5-2005, p. 353) (Ap. Cív. n. 1997.008900-7, de Chapecó, rel. Des. Nelson Schaefer Martins).

Ainda:

APELAÇÃO CÍVEL - CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE LOTES HIPOTECADOS EM PRIMEIRO

GRAU EM FAVOR DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA - PAGAMENTO ANTECIPADO INTEGRAL E RECEBIDO SEM RESSALVAS PELA PROMITENTE VENDEDORA - DISCUSSÃO SOBRE A DATA INICIAL PARA A CONTAGEM DO PRAZO DE 180 DIAS PARA OUTORGA DEFINITIVA DAS ESCRITURAS DOS IMÓVEIS - DESNECESSIDADE - MORA DEMONSTRADA - INOPERÂNCIA DA RÉ PARA LIBERAR AS HIPOTECAS HAVIDAS - ALEGAÇÃO DE FATO IMPREVISÍVEL PELA PRIVATIZAÇÃO DO BANCO DETENTOR DO CRÉDITO HIPOTECÁRIO - INOCORRÊNCIA DE ACONTECIMENTO INEVITÁVEL - PREJUDICIAL AFASTADA.

PEDIDO INICIAL PARA A PRESTAÇÃO DA OBRIGAÇÃO *IN NATURA* DEVIDA - CARACTERIZAÇÃO DA TUTELA ESPECÍFICA - SENTENÇA DE NATUREZA *LATO SENSU* - ORDEM JUDICIAL QUE DEVE SER CUMPRIDA SOB PENA DA INCIDÊNCIA DE MULTA COERCITIVA À DEVEDORA RECALCITRANTE - INEXISTÊNCIA DE LIMITAÇÃO PARA A FIXAÇÃO DA MULTA COMINATÓRIA - RAZOABILIDADE DO PRAZO (TRINTA DIAS) CONCEDIDO PARA O CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO DE FAZER - FIXAÇÃO DO TERMO *A QUO* PARA A INCIDÊNCIA DO PRECEITO A PARTIR DA PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO - EXIGIBILIDADE, PORÉM, DA COMINAÇÃO MEDIANTE PROCESSO EXECUTIVO - RECURSO DESPROVIDO (Ap. Cív. n. 2000.012869-4, da Capital, relator Des. Alcides Aguiar).

O Superior Tribunal de Justiça não desconvizinha:

PROCESSUAL CIVIL E CIVIL - INTERDITO PROIBITÓRIO - FIXAÇÃO *DIES A QUO* PARA A INCIDÊNCIA DA MULTA - OBRIGAÇÃO DE FAZER - *ASTREINTES* - ARTS. 632 E 644, CPC - DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL.

I - Se a multa foi imposta na forma de pena pecuniária, não como punição, mas como meio para o cumprimento da decisão, atua ela como “astreinte”.

II - Fixação do *dies a quo* para a incidência da multa a partir da citação do devedor para o cumprimento da obrigação de fazer [acrescento: quando para tanto era exigível processo autônomo de execução].

III - Recurso conhecido e provido (REsp. n. 110344/RJ, rel. Min. Waldemar Zveiter) – o acréscimo, esclarecedor, é de minha lavra.

Em igual rumo:

DIREITOS CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. *ASTREINTES*. FIXAÇÃO A PARTIR DA CITAÇÃO. NECESSIDADE DE PROCESSO DE EXECUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE ACEITAR-SE COMO TERMO INICIAL A CITAÇÃO NO PROCESSO DE CONHECIMENTO. EXIGÊNCIA DE TER HAVIDO DESCUMPRIMENTO DA SENTENÇA. ARTS. 287 E 644, CPC. RECURSO PROVIDO.

I - As *astreintes*, originadas do direito francês, têm por objetivo coagir o devedor, que foi condenado a praticar um ato ou abster-se da referida prática, a realizar o comando imposto pelo juiz. Elas não correspondem a qualquer indenização por inadimplemento e, portanto, somente são incidíveis nas obrigações de fazer ou de não-fazer.

II - A multa diária somente pode ser cobrada a partir do descumprimento da sentença, o qual, por sua vez, requer instauração do processo de execução e sua regular formação, com a citação, impedindo entender-se que a condenação “a partir da citação” seja a citação do processo de conhecimento (REsp. n. 123.645/BA, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira).

Ainda sobre o assunto, anotou o Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, no corpo do voto prolatado no REsp. n. 11.368/DF:

Segundo Amílcar de Castro, no dizer preciso de Frederico Marques, o maior dos nossos juristas em execução, “o efeito retroativo não se harmoniza com a natureza da *astreinte*, que não é ‘pena’ pelo que não foi feito, mas ‘meio de coação’ para que se faça ou não deixe de ser feito. Supõe-se que o devedor que cumpre dentro do prazo assinado cumpre sem multa; e só aquele que cumpre depois de esgotado o prazo é que cumpre com multa... até cumprir”. (“Comentários” ao art. 644, n. 251, RT, 2ª edição). No mesmo sentido, relacionando doutrinadores, Araken de Assis, “Manual do Processo de Execução”, Le Jur, 1987, § 50º, n. 160.3.

Na linha do exposto, se o termo inicial da multa é a cientificação da agravada sobre a execução provisória das *astreintes*, execução essa aforada apenas no fim do ano de 2005, evidente está que, no caso, não há espaço para a cobrança de multas diárias que retroajam ao período de outubro de 2000. Tal prática, admitida, desvirtuaria a finalidade da *astreinte*, por isso que se deixaria de utilizá-la como meio de coerção referível a uma outra obrigação e se passaria a concebê-la como atração principal da causa, óptica fortificada pela constatação de que os agravantes, agora, em momento algum se referem aos contratos de seguro que deram ensejo à cominação da multa. Tais contratos jamais atingiriam vultosa cifra excedente a R\$ 2.500.000,00 (dois milhões e meio de reais), e os recorrentes, de hora a outra, simplesmente esqueceram os pactos invocados inicialmente, que justificaram a cominação da multa, e passaram a centrar esforços na própria multa. O que era para ser mero instrumento, acessório de algo, converteu-se num tentador substituto, verdadeiro prêmio lotérico.

Daí o acerto da decisão objurgada ao impedir o levantamento da cifra penhorada. Havendo plausibilidade jurídica na tese de locupletamento sem causa, e não sendo possível a execução de *astreintes* de período anterior à execução provisória, é possível lobrigar na impugnação fundamentação relevante, e entrever, no caso, claro risco de dano irreparável, autorizando o recebimento da impugnação com efeito suspensivo (art. 475-M, CPC). Nesse caso, não oferecida nem prestada caução idônea, lúdima se afigura a retenção do numerário penhorado (art. 475-M, § 1º, CPC).

2.3. Há, todavia, fundamento adicional. É que, enquanto não transitar em julgado a decisão exarada na cautelar de exibição de documentos, a execução é serviente às regras da fase de cumprimento da sentença em caráter provisório (art. 475-I, § 1º, CPC), cujo regime impede, ele mesmo, o levantamento de depósito em dinheiro sem a prestação de caução idônea (art. 475-O, III, CPC). A exceção prevista no § 2º, inciso I, do CPC, noutro giro, dispensando a medida de contracautela, não se configura porque o

crédito decorrente da aplicação de *astreintes* não possui, a toda evidência, natureza originária de crédito alimentar. E a exceção prevista no mesmo § 2º, inciso II, do CPC, também não se caracteriza porque, embora a execução seja provisória por força de agravo de instrumento pendente no Superior Tribunal de Justiça, a dispensa de caução acarretaria dano irreparável à executada, que, invertida a situação, passaria a vida envidando esforços para resgatar, no patrimônio dos exequêntes, a portentosa quantia superior a dois milhões e meio de reais, inadvertidamente liberada.

Tais questões, ademais — e isso é reconhecido no próprio agravo —, não foram apreciadas pelo Juízo *a quo* (fl. 13). Aprofundar-se nelas implicaria supressão de instância (cf. AI n. 2006.045477-5), com cognição originária pela Corte, não merecendo provimento, também no particular, o recurso.

2.4. Existe, por último, um fundamento derradeiro. Mesmo que a execução fosse definitiva, ou que venha a tornar-se definitiva após a decisão do Superior Tribunal de Justiça, há razões para manter o efeito suspensivo conferido à impugnação, impedindo o prosseguimento da execução (art. 475-M, § 1º, CPC).

A primeira dessas razões, exposta acima em longas linhas (item 2.2), está no termo inicial de incidência das *astreintes*, somente configurado em havendo pedido de execução formalizado. Por esse prisma, é inviável permitir se levantem valores referentes a interstício temporal inexigível.

A segunda dessas razões, dotada de igual densidade jurídica, está em que, em rigor, a medida cautelar de execução de documentos não abre espaço à cominação de *astreintes*. Trata-se de via judicial franqueando a qualquer interessado o acesso a documento ou coisa em cuja visualização encontre interesse (art. 844, II, CPC), a fim de eventualmente instruir ação futura. Tende "à constituição ou asseguaração de prova, ou às vezes ao exercício de um simples direito de conhecer e fiscalizar" (THEODORO JÚNIOR,

Humberto. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 453) o documento. Em sede de exibição de documentos, não atendido o comando judicial que determina a apresentação, o ordenamento jurídico reserva ao destinatário da ordem descumprida conseqüências próprias, dentre as quais não se inclui a cominação de multa periódica. Em se tratando do descumprimento por parte integrante da relação, instaura-se a presunção de veracidade em torno do fato que o documento pretendia demonstrar (exibição incidental: art. 359, I e II, CPC), ou, eventualmente, se procede à busca e apreensão do documento omitido (cautelar de exibição), ato cabível, também, quando este está em posse de terceiro (art. 362, CPC). A cominação de multa, nesses casos, não é aceita pela jurisprudência:

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CAUTELAR DE EXIBIÇÃO DOCUMENTAL – RECUSA POR PARTE DO DEMANDADO – APLICAÇÃO DE MULTA COMINATÓRIA DIÁRIA – IMPOSSIBILIDADE – PRETENDIDA PRESUNÇÃO DE VERACIDADE DOS FATOS QUE POR MEIO DOS DOCUMENTOS A PARTE PRETENDIA PROVAR – ART. 359, DO CPC – INAPLICABILIDADE – DETERMINAÇÃO DE EXIBIÇÃO SOB PENA DE BUSCA E APREENSÃO – NULIDADE DO *DECISUM* – RECURSO PROVIDO.

“A multa cominatória é pertinente quando se trate de obrigação de fazer ou não fazer, não cabendo na cautelar de exibição de documentos, em que, se não cumprida a ordem, segundo precedente desta Terceira Turma, é possível a busca e apreensão.” (REsp. n. 433.711/MS, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJU de 22.04.03) (Apelação Cível n. 2006.047583-4, de Brusque, relator Des. Ricardo Fontes).

A multa diária para o caso de descumprimento não é cabível na cautelar de exibição de documentos, pois não se trata de obrigação de fazer. A pena para este caso é a presunção de veracidade dos fatos (art. 359 do CPC)" (Apelações Cíveis n. 2006.028919-2 e n. 2006.028920-2, de Blumenau, relator Des. Edson Ubaldó).

CAUTELAR DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS. ART. 359 DO CPC. NÃO APLICAÇÃO. MEDIDA ADEQUADA. BUSCA E APREENSÃO.

No processo cautelar de exibição de documentos não há a presunção de veracidade do Art. 359 do CPC.

Em havendo resistência do réu na apresentação dos documentos, cabe ao juiz determinar a busca e apreensão (Art. 362 do CPC) - não lhe é permitido impor multa ou presumir confissão (REsp. n. 887.332/RS, relator Ministro Humberto Gomes de Barros, j. 7-5-2007).

Nesse perfil da situação, ainda que o Superior Tribunal de Justiça venha a negar provimento ao agravo regimental, e que não mais caiba qualquer recurso da decisão na medida cautelar, a cominação imprópria de multa pode ser remediada pelo próprio juiz da execução. O processo cautelar, adstrito à sumariedade cognitiva, é estruturado num procedimento com sistematização inapta a envolver em contraditório amplo toda a relação processual litigiosa (cf. SILVA, Ovídio Baptista da. *Do processo cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 69), não possuindo carga de declaratividade suficiente para a formação da coisa julgada material (cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela cautelar e tutela antecipatória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992), circunstância que autoriza se revolva a obrigação cominada no dispositivo da sentença. Mesmo no processo de conhecimento, aliás, as *astreintes* não integram o rol das questões decididas (art. 468, CPC), não se abrangendo pela imutabilidade ínsita à *res iudicata*. A própria natureza da multa autoriza tal conclusão, porque esta, embora revertendo em favor da parte adversa, é fixada e dosada pelo juiz no interesse do atendimento à ordem mandamental, situando-se dentro da esfera discricionária de atuação judicial e podendo reduzir-se ou suprimir-se a qualquer tempo, contanto que verificada a inaptidão da medida para o fim a que se destina (art. 461, § 6º, CPC). A inexistência de coisa julgada e a revisibilidade da multa, portanto, permitem ao juiz da execução rever a existência e o valor da multa cominada na cautelar de exibição.

Sobre o assunto, a doutrina leciona:

O valor da multa diária por dia de atraso, quer tenha sido fixada na decisão ou sentença de conhecimento (CPC 461 §§ 3º e 4º), quer no processo de execução (CPC 644), pode ser modificado pelo juiz da execução, caso se demonstre estar excessivo ou insuficiente para sua finalidade inibitória (NERY JÚNIOR, Nelson; e NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. São Paulo: RT, 2006. p. 587).

As *astreintes* têm como destinatário o réu, ele tão-somente, vedada sua imposição ao autor, bem como a outros sujeitos do processo. Podem ser fixadas independentemente de pedido do autor, com suposta obediência aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. (Não deixam de ser um tanto assustadores os poderes assim conferidos ao juiz, que facilmente pode descambar para o arbítrio).

A multa não pode ser retroativa, dada sua finalidade de coagir ao cumprimento e começa a correr desde o momento do descumprimento. Cessa a contagem (se fixada por período de tempo, como dia ou minuto), com o atendimento à ordem judicial; pela impossibilidade do cumprimento da obrigação, com ou sem culpa do réu; pela opção do autor por perdas e danos, ou pelo valor da multa, com caráter sub-rogatório; pelo desaparecimento de sua capacidade de pressão, como no caso de insolvência do demandado.

Embora as *astreintes* sejam usualmente fixadas por período de tempo, a multa pode ser fixa. Esta é própria dos direitos cuja violação se consuma instantaneamente; aquelas, dos direitos cuja violação constitui ilícito continuado. A diferença decorre, pois, do objeto da tutela.

Fixadas por período de tempo, o valor unitário das *astreintes* pode ser alterado para mais ou para menos, conforme se mostre excessivo ou insuficiente para o fim colimado, que é o de quebrar a resistência do devedor. De sua finalidade decorre também a exigência de que, se conceda ao réu o tempo necessário para o cumprimento da obrigação, só incidindo a multa depois de esgotado. O adimplemento parcial autoriza a redução das *astreintes*, se divisível a obrigação. Em qualquer caso, o valor da multa deve ser suficientemente elevado,

para que não se ofereça ao réu a alternativa de pagar a multa, em lugar de cumprir a obrigação. Por isso mesmo, o valor da multa não se limita ao valor da obrigação declarada na decisão judicial, não incidindo, na espécie, o disposto no artigo 920 do Código Civil. Podem, inclusive, revestir-se de caráter progressivo, aumentando à medida do tempo do descumprimento.

[...]

Tendo natureza e finalidade próprias, as *astreintes* podem ser cumuladas com perdas e danos, multa moratória, condenação por litigância de má-fé, multa por *contempt of court*, crime de desobediência, bem como com outras sanções, processuais, cíveis, administrativas e penais.

A improcedência da ação determina a extinção do crédito decorrente da incidência das *astreintes*. A procedência, não repristina as fixadas em antecipação da tutela, posteriormente cassada por decisão de igual ou superior hierarquia.

A imposição de *astreintes*, assim como a determinação de seu valor, não constitui “questão decidida, relativa à mesma lide”. Não há coisa julgada.

O artigo 645, parágrafo único, do Código de Processo Civil, estabelece que o juiz pode reduzir o valor da multa prevista em título executivo extrajudicial, fixada por dia de atraso no cumprimento da obrigação. Essa multa tem natureza moratória, podendo, pois, ser cumulada com outra, de maior ou menor valor, a título de *astreintes*.

Estas, ainda que fixadas pelo juiz, revertem em favor do autor, que é o legitimado para a sua execução. Daí podem surgir situações de antinomia entre os princípios da efetividade dos provimentos judiciais e o do enriquecimento injusto, a exigir a devida ponderação judicial.

Não reverte, porém, em favor do autor as *astreintes* fixadas em ação civil pública, não obstante sua legitimidade para a execução do crédito correspondente.

O valor das *astreintes* é líquido e certo, para o efeito de execução, apurando-se seu valor por simples cálculo aritmético.

A execução é condicionada à procedência da ação, por sentença transitada em julgado ou atacada por recurso com efeito meramente devolutivo. É provisória a execução, nesta última hipótese (AMARAL, Guilherme Rizzo. op. cit.).

Nada obstante o arbitramento da *astreinte* na sentença, não há óbice para que esta seja modificada no curso da execução, seja porque se tornou excessiva, seja porque se mostrou insuficiente, podendo o juiz reduzi-la ou aumentá-la quando entender necessário (AMORIM, Carolina Maria Pinheiro. Da reforma processual civil na execução. *Jus navigandi*).

Por tais fundamentos, possível se afigura ao juiz da execução rever o cabimento ou o valor da multa exequenda. Afinal, porque o processo é "instrumento ético de efetivação das garantias constitucionais" e instrumento de que se utiliza o Estado para fazer a entrega da prestação jurisdicional, não se pode utilizá-lo com fins de obter-se pretensão manifestamente abusiva, a enriquecer indevidamente o postulante" (REsp. n. 422.966/SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira). No caso, não sendo sequer cabível a multa, e havendo, ainda, uso desconforme à destinação jurídica, em evidente pretensão ao locupletamento, essa possibilidade *in abstracto* pode concretizar-se pelo magistrado *a quo* no julgamento da impugnação – que ventila, inclusive, o cumprimento da ordem -- sem que se possa falar em coisa julgada, o que inviabiliza, também, o levantamento pretendido.

3. Em resumo, o agravo não pode ser acolhido porque: a) trata-se de execução provisória, circunstância que inviabiliza, ausentes as hipóteses previstas em lei (art. 475-O, III c/c § 2º, I e II) -- pendentes de cognição originária, ademais, no juízo de tramitação --, o levantamento de valores sem a prestação de caução idônea; b) ainda que a execução fosse ou venha a tornar-se definitiva, a relevância da fundamentação e o risco de dano autorizariam o recebimento da impugnação com eficácia suspensiva (art. 475-M, CPC), por isso que b.1) as *astreintes* só adquirem exigibilidade após a intimação em execução provisória, e b.2) há possibilidade de o próprio juiz da execução reduzir ou suprimir o valor da multa (art. 461,

§ 6º, CPC), circunstâncias que potencialmente infirmam a obrigação exequenda e impedem, ambas, a liberação da vultosa quantia sem caução idônea (art. 475-M, § 1º, CPC).

Isso posto, voto pelo desprovemento.

DECISÃO

Por maioria de votos, a Câmara nega provimento ao recurso, vencido o Des. Carlos Prudêncio, que lhe dava provimento.

Participou do julgamento o Exmo. Sr. Des. Subst. Joel Dias Figueira Júnior.

Florianópolis, 29 de maio de 2007.

Carlos Prudêncio
PRESIDENTE

Maria do Rocio Luz Santa Ritta
RELATORA DESIGNADA

AÇÃO RESCISÓRIA

Ação Rescisória n. 2005.037709-2, de São José

Relator designado: Des. Subst. Joel Dias Figueira Júnior

AÇÃO RESCISÓRIA. PROCEDÊNCIA. SENTENÇA RESCINDIDA (*JUDICIUM RESCISSORIUM*) QUE JULGOU IMPROCEDENTES OS PEDIDOS CONTIDOS NA PEÇA PREAMBULAR DA AÇÃO DE INDENIZAÇÃO AJUIZADA PELA VÍTIMA. FUNDAMENTO EM SUPOSTA VIOLAÇÃO AO ART. 398 C/C O ART. 454 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (ART. 485, V, DO CPC). NÃO CARACTERIZAÇÃO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO GERAL DE DIREITO *DA MIHI FACTUM, DABO TIBI JUS*. CONDUTA DOLOSA DA EMPRESA-RÉ QUE ALTERA A VERDADE DOS FATOS EM DETRIMENTO DA REQUERENTE. TOGADO SENTENCIANTE INDUZIDO EM ERRO. PREJUÍZO EVIDENCIADO. INTELIGÊNCIA DO ART. 485, INCISO III, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. ANÁLISE DO MÉRITO. APLICAÇÃO DO ART. 494, PRIMEIRA PARTE, DA LEI ADJETIVA CIVIL. POSSIBILIDADE. ACÓRDÃO SUBSTITUTIVO. SOLUÇÃO DA LIDE EM DEFINITIVO. DESNECESSIDADE DE NOVA INSTRUÇÃO. ACIDENTE DE TRÂNSITO. TRANSPORTE COLETIVO INTERBAIRROS. VÍTIMA QUE AO TENTAR DESCER DO COLETIVO ESCORREGA, CAI EM RAZÃO DE MANOBRA BRUSCA DO MOTORISTA DO ÔNIBUS E SOFRE LESÕES MÚLTIPLAS (OMBRO, BRAÇO E ROSTO). APOSENTADORIA POR INVALIDEZ EM RAZÃO DA PERDA DA CAPACIDADE LABORATIVA (80%). APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. ILÍCITO CONFIGURADO. PROVA TESTEMUNHAL CONTUNDENTE. FIXAÇÃO DO *QUANTUM* COMPENSATÓRIO. APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE.

PENSÃO MENSAL ESTABELECIDADA EM VALOR EQUIVALENTE A UM SALÁRIO MÍNIMO. CONSTITUIÇÃO DE CAPITAL NA FORMA DO ART. 475-Q, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. DENUNCIACÃO DA LIDE. SEGURADORA QUE DEIXA TRANSCORRER O PRAZO *IN ALBIS* PARA APRESENTAR DEFESA. REVELIA CONFIGURADA. LIMITE DA APÓLICE OBSERVADO. APLICAÇÃO DA PENA DE LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. MODIFICAÇÃO DA VERDADE DOS FATOS (ART. 17, II, DO CPC).

I – Inexiste violação ao art. 398 do CPC quando a autora teve oportunidade de, anteriormente à sentença, impugnar de forma ampla os documentos juntados aos autos na ocasião, e exerceu de maneira efetiva tal prerrogativa, não havendo, portanto, prejuízo e, por conseguinte, violação ao princípio do contraditório.

Não há violação ao art. 454, primeira parte, do CPC, pois, apesar de encerrada a audiência de instrução e julgamento e determinada a apresentação de memoriais, tal circunstância não impede o juiz, na qualidade de destinatário das provas, de determinar, de ofício, a produção de outras que entenda necessárias à formação de seu convencimento (arts. 130 e 418, I, do CPC), em busca da verdade real e em sintonia com o princípio da livre persuasão racional.

Destarte, não é porque encerrada a instrução originária e ofertados os memoriais derradeiros que o magistrado esteja impedido de buscar novos elementos probatórios para a formação de seu livre convencimento motivado.

II — Em observância ao princípio geral de direito insculpido na máxima *da mihi factum, dabo tibi jus*, deve o julgador dar ao fato narrado pelo autor o enquadramento legal adequado e a conseqüente prestação de tutela jurisdicional, sem importar a errônea ou imprecisa referência aos dispositivos legais, tendo

em vista que o pedido se funda na causa de pedir e há de estar com ela harmonizado, de maneira a permitir que o réu exerça plenamente o seu direito de defesa.

Nessa linha, se o pedido rescisório ancora-se no art. 485, V, do CPC (violação de literal dispositivo de lei), e indemonstrados os fatos nos quais se funda o pedido, nada obsta que o Tribunal conheça de outras razões de fato e de direito igualmente insculpidas na peça exordial atinentes ao dolo da parte vencedora em detrimento da vencida (art. 485, III, do CPC).

III – Consoante exegese do art. 494, primeira parte, do Código de Processo Civil, na hipótese de procedência do pedido, o Tribunal proferirá novo julgamento, se o caso concreto assim permitir, adentrando no mérito da ação originária de modo a substituir a sentença (*iudicium rescisorium*).

Destarte, a hipótese vertente autoriza a prolação de acórdão substitutivo, com análise do mérito, solucionando a lide em definitivo, sem a necessidade de realização de instrução e novo julgamento na instância *a quo*.

IV – É fato incontroverso que a vítima encontrava-se no interior do veículo pertencente à primeira ré e que por culpa exclusiva do seu preposto, que ao realizar manobra brusca causa na vítima graves e múltiplas lesões, veio a perder sua capacidade laborativa em 80% e teve, por conseqüência, que se aposentar por incapacidade permanente, sem contar a dor física, o sofrimento, a angústia e o tormentoso período de recuperação, capazes de bem delinear o dano moral experimentado injustamente.

V — Considerando a natureza compensatória do montante pecuniário em sede de danos morais, a importância estabelecida em decisão judicial há de estar em sintonia com o ilícito praticado, a extensão do dano sofrido pela vítima com todos os seus

consectários, a capacidade financeira do ofendido e do ofensor e servir como medida punitiva, pedagógica e inibidora.

VI — Não havendo prova nos autos acerca dos ganhos mensais auferidos pela vítima, deve a pensão vitalícia ser calculada com base em um salário mínimo.

VII — A constituição de capital é garantia conferida em lei para a satisfação do crédito em demandas dessa natureza e não deve ser substituída por outra, mesmo tratando-se de sucumbente que, nos dias atuais, afigura-se detentora de solvabilidade, em face dos riscos decorrentes das atividades econômicas empresariais, passíveis de serem modificadas no decorrer dos anos.

VIII — Além de ter incidido nas penas da revelia, deixou a Seguradora de fazer qualquer prova em defesa de sua tese, razão pela qual deve ser condenada ao pagamento dos danos pessoais (morais e materiais), observados os limites estabelecidos na apólice.

IX – Pratica litigância de má-fé a parte que modifica a verdade dos fatos violando comezinho dever de lealdade processual insculpido no art. 17, II, do CPC.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Rescisória n. 2005.037709-2, da comarca de São José (1ª Vara Cível), em que é autora Luzia Martins Schmitt, e ré Rodoviária Santa Terezinha Agência de Viagens e Turismo Ltda.:

ACORDAM, em Primeira Câmara de Direito Civil, por maioria de votos, julgar procedentes os pedidos contidos na peça preambular da ação indenizatória. Custas na forma da lei.

RELATÓRIO

Luzia Martins Schmitt ajuizou ação rescisória contra Rodoviária Santa Terezinha Agência de Viagens e Turismo Ltda. e as litisdenunciadas Yasuda Seguros S.A. (Companhia de Seguros América do Sul Yasuda) e Phenix Seguradora S.A., a fim de rescindir-se a sentença prolatada em ação de indenização (Autos n. 064.01.005215-5), com base no art. 485, inciso III, do CPC.

Na hipótese vertente, pretende a autora a rescisão da sentença proferida pela Togada *a quo* com fulcro no art. 485, inciso V, do CPC, pois, segundo alega, houve violação aos arts. 398 e 454 do CPC.

Sustenta a requerente que a demandada, Rodoviária Santa Terezinha Agência de Viagens e Turismo Ltda., agiu de má-fé ao apresentar novas provas após o encerramento da instrução processual, o que acarretou o cerceamento de defesa em evidente prejuízo, tendo em vista que os pedidos contidos na preambular (indenização por danos morais e materiais) terminaram por ser julgados improcedentes (fls. 2-6). Juntou documentos (fls. 7-397).

As rés (Rodoviária Santa Terezinha Agência de Viagens e Turismo Ltda. e Yasuda Seguros S.A.), devidamente citadas, apresentaram defesa em forma de contestação.

A primeira demandada arguiu, preliminarmente, a carência de ação e a segunda, a ilegitimidade passiva *ad causam*. No mérito, ambas pugnaram pela improcedência do pedido exordial e sustentaram ausência de violação aos arts. 398 e 454 do CPC (fls. 430-436 e 481-499).

Phenix Seguradora S.A. foi regularmente citada (fl. 419) e deixou o prazo de resposta fluir em branco.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. João Fernando Q. Borrelli, opinou pela improcedência do pedido (fls. 594-598).

Houve réplica (fls. 604-608).

VOTO

Primeiramente, é imperioso ressaltar que a suposta violação aos arts. 398 e 454 do CPC argüida pela requerente, efetivamente, não ocorreu, conforme os argumentos muito bem-lançados pela eminente Desembargadora Maria do Rocio Luz Santa Ritta, *in verbis*:

[...] A ação rescisória consiste em instrumento processual a cujos contornos é ínsito invulgar tecnicismo. É ação autônoma e não recurso. Não diz, num primeiro momento, com a justiça ou injustiça – mérito – da decisão (AR 1.469/PB, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca), já envolta pela coisa julgada material, senão com a ocorrência ou não de um dos pressupostos específicos de rescindibilidade (art. 485, incisos, CPC), à falta dos quais impera a improcedência do pedido de rescisão. Como instrumento excepcional de ataque, derruindo a imutabilidade *inter partes* do pronunciamento jurisdicional e desanimando os imperativos de segurança jurídica e de assentamento das relações interpessoais no mundo fenomênico, o uso da ação rescisória não deve ser prodigalizado.

Nessa perspectiva restritiva, para os efeitos do permissivo constante do art. 485, V, do CPC, é mister que as disposições normativas tidas como violadas o sejam em sua literalidade (REsp. n. 453.476/GO, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro), existindo erro diretamente *contra literam*, violação ao direito em tese. Nesse caso, "Não se cogita de justiça ou injustiça no modo de interpretar a lei. Nem se pode pretender rescindir a sentença sob invocação de melhor interpretação da norma jurídica aplicada pelo julgador" (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Forense, 1997. p. 643. v. 1).

Posto isso, é evidente a ausência de violação ao art. 398 do CPC. Em primeiro plano porque, mostra a ata de audiência (fl. 371), a

ora autora teve oportunidade de, previamente à sentença, impugnar ampla, formal e materialmente os documentos juntados aos autos na ocasião (fls. 375-379), e efetivamente exerceu tal prerrogativa (fl. 371), sem prejuízo e sem violação ao princípio do contraditório. Tal circunstância, só em si, seria o bastante para afastar a tese invocada. Em segundo plano porque, ainda que assim não fosse, eventual inobservância à formalidade do art. 398 do CPC, instituída no interesse preponderante da parte, conduziria ao regime jurídico das nulidades relativas, no qual o prejuízo não é presumido, isto é, convalida (NEGRÃO, Theotonio. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 440) e não consta *in re ipsa* da só preterição à formalidade, necessita a impugnação de prova concreta do gravame experimentado. No caso, assim como na lide originária, a inicial da rescisória não dá fortes razões de fundo para que os documentos juntados não sejam considerados e não subsiste, também por isso, a tese de violação aventada.

A propósito, feitas as devidas adaptações, cabe transcrever:

"Prova. Documentação apresentada após a contestação. Artigo 398 do Código de Processo Civil. Nulidade. 1. *Não há falar em nulidade, atrelada ao artigo 398 do Código de Processo Civil, quando a parte interessada foi provocada pelo Juiz a intervir no processo antes de prolatada a sentença, oportunidade própria para falar sobre a documentação acostada após a contestação, e não o fez, deixando transcorrer em silêncio o prazo que lhe foi oferecido*" (REsp. n. 431.160/BA, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito) (grifo apostado).

"O enunciado do artigo 398 do Código de Processo Civil tem como escopo, em observância ao princípio da bilateralidade, afastar a surpresa à parte pela juntada de documentos, proporcionando-lhe a oportunidade de manifestação. In casu, não há que se falar em prejuízo à autarquia recorrente visto que, ao opor os primeiros embargos de declaração que anularam o primeiro julgamento, obteve acesso aos autos e, deste modo, tomou conhecimento da juntada do documento e, ainda assim, sobre os mesmos não fez qualquer manifestação, quer na sustentação oral, quer quando do oferecimento de seus memoriais" (REsp. n. 633.028/PR, rel. Min. José Delgado) (grifo apostado).

Nesse sentido é o parecer da d. Procuradoria de Justiça:

"No mérito, compulsando-se os autos – apesar de lamentar o sofrimento da autora – tenho que, com efeito, a sentença rescindenda não violou literal disposição dos arts. 398 e 454, ambos do CPC.

“Isso porque à autora foi dada oportunidade de se manifestar, em audiência, acerca dos documentos trazidos aos autos pela ré Rodoviária Santa Terezinha em suas alegações finais, bem como por ocasião da audiência em que se realizou a acareação das testemunhas Adelécio e Gisele.

“Portanto, não há falar em cerceamento de defesa, pois, como bem identifica a doutrina de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, 'Constitui cerceamento de defesa se ou quando o Juiz, admitindo a produção de documentos novos, profere sentença, sem que fosse dada oportunidade à parte contrária, para que sobre eles se manifestasse (STJ. RMS 8616)' (*Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 9. ed. p. 556)".

Por outro lado, não há violação, também, ao art. 454, primeira parte, do CPC. É que, mesmo encerrada a audiência de instrução e julgamento e determinada a apresentação de memoriais (fl. 318), tal circunstância não impede o juiz, presidente da marcha processual e destinatário da atividade instrutória (arts. 125 e 130 do CPC), de, *ex officio* ou a requerimento, determinar a produção de provas adicionais em caso de perplexidade na formação do convencimento (arts. 130 e 418, I, do CPC), assim louvando a busca pela verdade real e o princípio da livre persuasão racional. Com efeito. Não é porque encerrada a audiência originária e produzidos memoriais que o magistrado, ao conduzir o processo, se vê amarrado a julgar desde logo a lide, uma vez que a condução do processo e a formação do convencimento, para o efeito de dispensar ou exigir provas, matérias de interesse da Justiça, não se submetem à preclusão *pro iudicato* (REsp. n. 345.436, rela. Mina. Nancy Andrighi). A conclusão é óbvia e não subsiste, por conseguinte, a tese aventada na inicial.

Sobre o tema, merecem transcrição, a título de ilustração:

"O julgador de Segunda instância, como o de primeira, em todas as questões que lhe são postas, tem o direito de formar sua livre convicção, tendo não só o direito como o dever de converter o julgamento em diligência sempre que assim entender necessário para uma apreciação perfeita, justa e equânime da questão que lhe é posta

(Lex-JTA 141/257), desde que o faça, é certo, com imparcialidade e resguardando o princípio do contraditório" (RSTJ-RF 336/256).

'O Juiz pode assumir uma posição ativa, que lhe permite, dentre outras prerrogativas, determinar a produção de provas, desde que o faça, é certo, com imparcialidade e resguardando o princípio do contraditório. Tem o julgador iniciativa probatória quando presentes razões de ordem pública e igualitária, como, por exemplo, quando esteja diante de causa que tenha por objeto direito indisponível (ações de estado), ou quando o julgador, em face das provas produzidas, as encontre em estado de perplexidade ou, ainda, quando haja significativa desproporção econômica ou sociocultural entre as partes' (STJ, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, RT 729/155).

Por outro lado, mais algumas razões de fato e de direito insculpidas na peça exordial são igualmente merecedoras de conhecimento por este Órgão Julgador, em que pese a autora ter feito apenas alusão ao art. 485, inc. V, do CPC.

Infere-se da inicial a insurgência manifesta da autora no tocante à conduta dolosa da requerida Rodoviária Santa Terezinha na produção das provas de maneira a induzir o julgador em erro, em detrimento evidente da parte vencida, segundo se infere dos articulados de fls. 4-5.

É princípio geral de direito insculpido na máxima *da mihi factum, dabo tibi jus* (dá-me os fatos e eu te darei o direito) que o julgador deve dar ao fato narrado pelo autor o enquadramento legal adequado e a conseqüente prestação de tutela jurisdicional, e não importa a inadequada ou imprecisa referência aos dispositivos legais, tendo em vista que o importante são os fatos e os fundamentos jurídicos, sobre os quais repousa a formulação do pedido.

Convém assinalar a lição de Humberto Theodoro Júnior: Cumpre lembrar que, em matéria do direito aplicável, o juiz não fica adstrito aos fundamentos das pretensões das partes. *Jura novit curia* (*Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. v. I, p. 447.).

Ademais, é cediço o entendimento a respeito de que os fundamentos jurídicos não são os artigos de lei aplicáveis ao caso vertente, mas sim a relação jurídica violada ou ameaçada na da qual repousa o pedido e a causa de pedir.

Sobre a matéria aqui discutida, já me manifestei em sede doutrinária:

[...] A causa de pedir próxima significa, processualmente, os fundamentos jurídicos do pedido que não se confundem com o dispositivo legal a incidir na espécie em concreto, em que pese a coincidência se verificar.

Significa dizer que o fundamento jurídico do pedido nada mais é do que a relação de direito material violada ou ameaçada, a respeito da qual o pretensio titular deste direito (aquele que afirma judicialmente ser o titular do direito material em questão) embasa o seu pedido de tutela jurisdicional.

Assim, por exemplo, numa ação ressarcitória, decorrente de acidente de trânsito, o fundamento jurídico do pedido, isto é, a causa de pedir próxima, não é o art. 186 do CC, em que pese, por certo, ser aplicável na espécie, mas, sim, o dano patrimonial e/ou moral decorrente do ilícito civil, a respeito do qual haverá de recair a pretensão articulada pelo autor. Igualmente, numa ação reivindicatória, o fundamento jurídico do pedido reside na violação do direito de propriedade pelo desapossamento injusto do bem móvel ou imóvel, pertencente àquele que se diz legítimo titular deste direito. Nesse caso, por certo, o artigo de lei a incidir é o 1.228 do CC, enquanto o fundamento jurídico do pedido é a violação injusta do direito de propriedade.[...] (*Comentários ao código de processo civil*. Ed. RT, 2007. v.4 t.II, p. 55).

Nesse sentido, em detida análise da petição inicial e das provas produzidas, chega-se à evidente conclusão de que se trata o caso em comento da hipótese prevista no art. 485, inciso III, do Código de Processo Civil, que dispõe, *in verbis*:

Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

[...]

III – *resultar de dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida*, ou de colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei.

Façamos, então, uma análise de todo o processado.

Firma-se o pedido ressarcitório formulado pela autora na ação de indenização, que terminou por ser julgada improcedente, nos seguintes fatos e fundamentos:

1. No dia 25 de abril de 1996, por volta das 15h30min, a requerente deslocou-se de sua residência (Sertão do Imaruí — bairro localizado no município de São José) para ir até a Prefeitura de São José, utilizando um dos veículos pertencentes à requerida (Rodoviária Santa Terezinha Agência de Viagens e Turismo Ltda.) que fazia o itinerário Colônia Santana — Florianópolis.

2. Ao entrar no coletivo, constatou que o assoalho estava escorregadio, provavelmente pelo uso de óleo ou algum produto similar, o que dificultava a circulação das pessoas dentro do ônibus.

3. A demandante, então, solicitou a parada do ônibus; porém, ao passar pela catraca, localizada na porta de saída, o motorista realizou manobra brusca, o que fez com que a autora escorregasse no interior do veículo e ficasse com o braço direito preso e pendurada na porta, sendo arrastada por alguns metros.

4. A queda causou-lhe: a) escoriações pelo corpo (pernas e rosto — nariz lado esquerdo); b) deslocamento do ombro; c) torção do braço esquerdo, com atrofia da mão e do punho; d) escoriações nos seios e costelas.

5. Em razão do acidente viu-se impossibilitada de exercer suas tarefas diárias, o que lhe ocasionou vários prejuízos financeiros, pois percebia, em média, 5 salários mínimos mensais.

6. Posteriormente, foi aposentada por invalidez permanente, pelo que recebe apenas um salário mínimo mensal, além de apresentar precário estado de saúde.

7. Não recebeu nenhum tipo de auxílio por parte da empresa-ré.

Ao final pugnou pela total procedência da ação para condenar-se a demandada a:

1) pagar pensão mensal vitalícia no valor de dois salários mínimos desde a data do acidente (25-4-1996);

2) pagar, a título de compensação pecuniária pelos danos morais sofridos, o montante equivalente a 500 salários mínimos;

3) constituir capital, conforme determina o art. 602 do CPC.

Por sua vez, a ré, ao apresentar a sua defesa, em forma de contestação, na ação de indenização (Autos n. 064.01.005215-5), afirmou que:

[...] o motorista do ônibus da Colônia Santana naquele dia e hora em que a Requerente alega ter acontecido o acidente foi o Sr. *Anilson Prudente de Souza* e tendo como cobrador o Sr. *Gilmar de Souza*, conforme comprovam documento de realização de viagem e acerto de contas na tesouraria da empresa [...] (fls. 85-133).

Mais adiante afirma

[...] *que o próprio veículo não possui catraca o ônibus que realizava viagem de Colônia Santana a Florianópolis no horário em questão não havia catraca*, conforme comprova o mesmo documento anexo de acerto de contas na tesouraria da empresa [...]. *Como o ônibus não possui catraca “não é realizado a inscrição do número de catraca”*, fica omissis. O acerto de contas pelo cobrador é realizado através de bilhete de passagem. O cobrador realiza a cobrança do passageiro entregando ao mesmo um bilhete de passagem, nos veículos que não possuem catraca [...]. *O ônibus que realizou a viagem no dia 25 de abril de 1996 às 15 horas, do bairro Colônia Santana para Florianópolis, foi o veículo n. de frota 435 de placa LWU 4171 (sem grifos no original) (fl. 92).*

Em defesa de seus argumentos, a ré juntou as fotos do ônibus que afirma ser aquele que transportava a autora no momento do acidente (fls. 327-330).

Porém, a testemunha Gizele Pereira, que se encontrava no interior do veículo com a demandante na ocasião do sinistro, é categórica ao relatar que:

[...] no dia dos fatos estava dentro do ônibus; que bem embarcou primeiro no ônibus, num ponto anterior que a autora; que a autora embarcou no ônibus e sentou ao lado da depoente; que a autora comentou com a depoente que o piso do ônibus estava escorregadio e muito perigoso; que no piso do ônibus havia óleo; que os demais passageiros estavam reclamando inclusive do cheiro; que quando a autora foi descer no ponto do hospital regional, *ao passar pela catraca*, o motorista freou bruscamente e a autora escorregou e caiu, na escada, uma vez que a catraca ficava bem em frente à escada de saída; que o cobrador neste instante tentou ajudar a autora; que o motorista viu que a autora tinha caído, e mesmo assim, continuou a acelerar o ônibus; [...] *que o motorista conhecido como "Jalita" costumava dirigir embriagado*; que a depoente conhecia bem o motorista de vista; que muitos passageiros tinham medo de pegar o ônibus quando aquele motorista estava dirigindo, uma vez que ele era muito imprudente; [...] *que tem certeza que havia catraca no referido ônibus; que o ônibus que fazia a linha, não é o ônibus que consta nas fotos juntadas em audiência*; que era um ônibus bem velho; que não sabe como é que aquele ônibus continua fazendo a linha; [...] que soube pela própria autora que esta foi procurar ajuda junto a empresa sendo que na empresa foi dito para que a autora se “virasse como pudesse”; que a autora sofreu lesões bastante no braço [...] (sem grifos no original) (fl. 322).

A testemunha Saul de Amorim também afirmou que os ônibus que faziam a linha no local eram velhos, e “[...] pelo que se recorda o ônibus que consta na foto juntada em audiência não fazia linha na época do acidente [...]” (fl. 319).

Gilmar de Sousa, funcionário da empresa, afirma que o motorista “Carlito” (que a testemunha Gizele atesta como sendo o motorista do coletivo na hora do acidente) já é falecido e

[...] fazia a linha São Pedro e Colônia Santana para Florianópolis; que não se recorda qual o horário, mas que era na parte da tarde que Carlito trabalhava; que o ônibus que Carlito trabalhava era “carroceria Nielson”, que no referido ônibus a catraca ficava perto da entrada [...] (fl. 324).

Diante do relatado, fica evidente que a ré agiu (e continua agindo) de má-fé ao modificar a verdade dos fatos buscando induzir o julgador em erro pelas seguintes razões, em síntese: a) motorista e cobrador eram pessoas distintas daquelas que trabalhavam no coletivo no momento do acidente; b) o ônibus que fazia a linha no dia do acidente (25-4-96) era o veículo descrito à fl. 327, portanto mais novo e sem catracas diverso daquele apontado pela autora.

Destaca-se, ainda, que foi feita acareação entre as testemunhas Adelécio Lutz (signatário da declaração de fl. 357 e que a ré afirma ser o cobrador do veículo no dia em que ocorreu o acidente) e a testemunha da autora Gizele Pereira.

Adelécio Lutz aduziu:

[...] que o ônibus leva 45 minutos para percorrer o trajeto entre a Colônia Santana e o Centro; que não é o ônibus da foto constante às fls. 299 que o depoente trabalhava; que o número do ônibus em que trabalhava é o 402; que foi demitido da empresa por justa causa; [...] não é verdade que teria dito para a autora que “não iria testemunhar para mentir na frente do juiz” [...] que o ônibus que fazia a linha onde o depoente trabalhava era um ônibus velho, que o Sr. Carlito como motorista conduzia o ônibus normalmente (fls. 373-374).

Porém, a testemunha Gizele sustentou que:

[...] Não foi o depoente aqui presente o cobrador que estava no ônibus, no dia do acidente; que conhece Adelécio há muito tempo,

sendo amiga deste e tem certeza que não era ele o cobrador; que não sabe o nome do outro cobrador; que recorda-se apenas que era uma pessoa jovem; que na época do acidente a testemunha morava na Colônia [...] (fl. 374).

Em outros termos, a própria testemunha arrolada pela ré (Adelécio Lutz) e apontada como o cobrador do coletivo no dia do acidente afirmou que o ônibus em que trabalhava era VELHO E POSSUÍA CATRACA, o que corrobora, assim, a tese defendida pela autora e confirmada pelas suas testemunhas.

Vê-se, ainda, que a requerida juntou documentos produzidos unilateralmente (fls. 146-147 e 376-379) procurando fazer crer que outro era o ônibus que fazia a linha no dia e hora em que a autora diz ter sofrido o acidente, assim como demonstrar falsamente que o motorista e o cobrador não eram aquelas pessoas indicadas pela autora.

Nesse contexto, não resta a menor dúvida de que a ré agiu com dolo capaz de prejudicar a autora, na exata medida em que modificou a verdade dos fatos e procurou induzir o julgador em erro.

Sobre o dolo capaz de viciar a sentença rescindenda, escreve Sérgio Gilberto:

[...] O ordenamento processual impõe às partes o dever de veracidade para com o juízo ou na expressão da lei devem estas “proceder com lealdade e boa-fé”, segundo estatuído pelo art. 14, II, CPC. Nessa linha, sempre que a parte (ou seu advogado ou seu representante legal), na condução da causa portar-se de forma temerária, incidindo em qualquer das hipóteses do artigo 17, CPC, estará suficientemente caracterizado o dolo rescindendo, desde que esta circunstância tenha concorrido para o resultado da causa em favor do transgressor.

No entanto, os motivos que por dolo da parte vencedora ensejam demanda rescisória não se esgotam do elenco do art. 17, CPC, mas na verdade, sempre que esta se valeu de manobra fraudulenta, ardis, maquinações e comportamento enganoso capaz de subtrair

do adversário o direito de produzir atos e provas no processo, reduzindo-lhe a capacidade de defesa e, por decorrência, afastando o juízo de uma decisão em sintonia com a verdade, presente estará o dolo rescisório e, portanto, possível a demanda de anulação da sentença proferida com suporte nesse comportamento, desde que, evidentemente, exista nexo de causalidade entre o dolo e a decisão. Exige-se, pois, que sem este a decisão houvesse de ser diversa, na medida em que o dolo apto a ensejar rescisão deve ser eficaz (*Comentários ao código de processo civil*. RT. v.6, p. 309-310).

Da aplicação do CDC para o deslinde da causa — matéria de ordem pública

Em que pese o Julgador monocrático ter sido induzido em erro, ao proferir sua decisão deixou de analisar o conflito posto sob a luz do CDC, o que se fazia mister, por ser matéria de ordem pública e manifesta a relação consumerista estabelecida entre os litigantes, donde exsurge a responsabilidade civil objetiva e a inversão do ônus da prova em favor do hipossuficiente (art. 6.º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor).

AÇÃO RESCISÓRIA [...] A ação rescisória é meio para reverter julgamento se comprovada a violação de regras jurídicas, como as inseridas no Código de Defesa do Consumidor e princípio geral de direito (TJ-SC, AR n. 1999.013835-6, Blumenau, Grupo de Câmaras de Direito Civil, rel. Des. Wilson Augusto do Nascimento, j. 9-4-2003).

Aplicação do art. 494 do CPC

Consoante exegese do art. 494, primeira parte, do Código de Processo Civil, na hipótese de procedência do pedido, o Tribunal proferirá novo julgamento se o caso concreto assim permitir, adentrando no mérito da ação originária de modo a substituir a sentença rescindida (*iudicium rescissorium*).

Destarte, a hipótese vertente autoriza a prolação de acórdão substitutivo, com análise do mérito, solucionando a lide em definitivo, sem a necessidade de realização de instrução e novo julgamento na instância *a quo*.

Primeiramente, destaca-se, conforme acima exposto, que o caso *sub examine* deve ser analisado sob a luz do Código de Defesa do Consumidor (art. 3º).

Um dos direitos elementares do consumidor é a facilitação da defesa de suas pretensões, inclusive com a inversão do ônus da prova a seu favor, quando, a critério do juiz, for verossímil a sua alegação ou quando ele for hipossuficiente, segundo as comezinhas regras de experiência (art. 6º, inciso VIII, do CDC).

É fato incontroverso que a autora, em decorrência do acidente verificado em 25 de abril de 1996, perdeu 80% da função do seu ombro direito, o que reduziu sua capacidade laborativa, conforme resultou evidenciado na perícia realizada, que também enfatizou que a deficiência é parcialmente irreversível (fls. 266-267).

Ao nosso ver, não existe nenhuma dúvida de que a autora encontrava-se no interior do coletivo de propriedade da ré no momento do sinistro e de que sofreu lesões corporais graves em decorrência de manobra brusca realizada pelo motorista. Nesse sentido, afirma a testemunha Gizele, que se encontrava também no interior do ônibus no momento do acidente, que o chão estava escorregadio e que o motorista era o "Carlito" (fl. 322).

Ademais, não se pode esquecer que as testemunhas arroladas pela ré e ouvidas em juízo são funcionários pertencentes ao seu quadro de pessoal, o que requer, por si só, maior prudência do Julgador ao proceder à análise da prova oral.

Verifica-se, pois, que as conseqüências do acidente noticiado neste caderno processual foram graves, e o sinistro causou à autora redução na

sua capacidade laborativa — 80% (tudo conforme laudo pericial de fls. 265-268), o que a fez aposentar-se por incapacidade permanente (fls. 35-36), sem contar a dor física, o sofrimento, a angústia e o tormentoso período de recuperação, capazes de delinear o dano moral.

No concernente ao *quantum* compensatório, há de se levar em conta que para a sua estipulação devem ser sopesados vários fatores, tais como a situação socioeconômica das partes, o grau de culpa do agente e a proporcionalidade entre o ato ilícito e o dano suportado pela vítima, sem perder de vista que a reparação visa, ainda, ao desencorajamento da prática de novos atos lesivos pelo ofensor, assim como não pode a quantia arbitrada ser irrisória para o causador dos danos ou proporcionar enriquecimento ao ofendido.

Nessa esteira, Regina Beatriz Tavares da Silva afirma:

O critério na fixação do *quantum* indenizatório deve obedecer à proporcionalidade entre o mal e aquilo que pode aplacá-lo, levando-se em conta o efeito, que será a prevenção, ou desestímulo. 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 FIUZA, Ricardo (coord.). *Novo código civil comentado*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 857).

No caso em apreço, diante de todos os dissabores vivenciados pela autora, o *quantum* indenizatório deve ser fixado em valor equivalente a R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais).

Quanto à pensão mensal, extrai-se que, conforme o laudo pericial acostado às fls. 265-268, a incapacidade laboral da autora é plena em razão da redução de movimento do ombro direito.

De outro vértice, pouco importa o fato de não possuir a autora vínculo empregatício no momento do acidente, pois nada obsta a percepção de renda informal, além do que a condenação aqui tratada possui natureza meramente indenizatória e serve também como forma de penalizar a ofensora pela diminuição da aptidão laboral causada à lesada em decorrência do ilícito.

A respeito, colhe-se da jurisprudência desta Corte:

[...] A pensão, na espécie, é uma equivalência econômica com o intuito de liquidar os danos pessoais advindos de uma perda física por lesão, e que seria a precursora de uma diminuição da sua capacidade de trabalho; uma compensação, um *quantum* indenizatório de um dano pessoal, com o cunho também de sanção pecuniária pela invalidez provocada.

Mutatis mutandis, havendo diminuição da capacidade de trabalho do ofendido em razão das lesões sofridas, exsurge devida a pensão mensal vitalícia [...] (Ap. Cív. n. 2002.021344-1, de Chapecó, rel. Des. Francisco Oliveira Filho, julgada em 31-8-2004).

Desse modo, não tendo a ré demonstrado um fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito da requerente, ônus este que lhe competia, há de ser conferida a pensão mensal requerida.

Quanto ao valor fixado nesse particular, afigura-se razoável o montante equivalente a um salário mínimo, posto inexistir nos autos qualquer demonstrativo de rendimentos, sendo esse mesmo patamar reiteradamente utilizado pela jurisprudência em situações análogas, como se infere do seguinte julgado: [...] Em caso de ausência nos autos de comprovação dos rendimentos da vítima para a fixação dos alimentos devidos a título de indenização, deve a pensão ser calculada com base em um salário mínimo. [...] (Ap. Cív. n. 2003.007737-5, de Xanxerê, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, julgada em 2-8-2005).

Por fim, ao contrário do que sustenta a demandada, não se deve excluir do valor da pensão mensal a importância percebida pela autora perante

o Instituto Nacional do Seguro Social, porquanto tais verbas têm natureza jurídica distinta: a primeira, como já dito, de caráter indenizatório e a segunda de caráter previdenciário, e suas finalidades não se confundem.

No tocante à denúncia à lide da Seguradora Yasuda Seguros S.A., infere-se da peça contestatória (fls. 430-436) e documentos de fls. 437-458 que a ré, apesar de ter contratado apólice de seguro para dar cobertura aos sinistros que envolvessem os passageiros de seus coletivos pelo período de 22 de novembro de 1995 a 22 de novembro de 1996, não efetuou o pagamento de nenhuma parcela do prêmio, e encontra-se, até mesmo, rescindido o contrato, por meio de endosso de cancelamento na época do sinistro.

Por esses motivos, o pedido deve ser julgado improcedente e condenada a autora, proporcionalmente, às despesas processuais e aos honorários advocatícios do procurador da litisdenunciada, fixados estes em R\$ 3.000,00, com fulcro no art. 20, § 4º, do CPC.

Diverso é o que se verifica em relação à ré litisdenunciada Phenix Seguradora S.A., pois, em que pese devidamente citada (fl. 419), deixou o prazo de resposta fluir *in albis*, o que a fez incidir nas penas da revelia.

Como se não bastasse, ao articular sua defesa na ação de indenização (fls. 538-539), a Phenix Seguradora S.A. não negou a sua responsabilidade contratual e limitou-se a delineá-la nos contornos da apólice, com a exclusão dos danos morais, porquanto não previstos contratualmente, e na compensação dos valores percebidos do seguro obrigatório DPVAT.

Ocorre que, além de ter incidido nas penas da revelia, deixou a Seguradora de fazer qualquer prova em defesa de sua tese, razão pela qual deve ser condenada ao pagamento dos danos pessoais (morais e materiais), observados os limites estabelecidos na apólice.

Em arremate, observa-se a má-fé da demandada ao modificar a verdade dos fatos exaustivamente narrados, violando comezinho dever de lealdade processual insculpido no art. 17, II, do CPC, razão pela qual há de ser declarada litigante de má-fé e condenada ao pagamento de multa de 1% (art. 18, *caput*) e indenização de 20% (art. 18, § 2º, do CPC), que incidirão sobre o valor da causa devidamente corrigido.

Por esses motivos, merece procedência a ação rescisória, até mesmo no tocante ao *iudicium rescissorium*.

Nesses termos, voto pela procedência do pedido formulado por Luzia Martins Schmitt, a fim de rescindir a sentença proferida nos autos da ação de indenização (n. 064.01.005215-5) com fulcro no art. 485, III, do CPC.

Com base no art. 494 do CPC, julgam-se procedentes os pedidos contidos na peça preambular da ação indenizatória para condenar a Rodoviária Santa Terezinha Agência de Viagens e Turismo Ltda. e, regressivamente, Phenix Seguradora S.A. ao pagamento da quantia de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) a título de compensação pelos danos morais sofridos pela autora, incidindo correção monetária a partir da data da publicação deste acórdão, e juros legais moratórios a contar do evento danoso, fixados em 1% (um por cento) ao mês, com fulcro nas disposições do art. 406 do Código Civil de 2002; ainda ao pagamento de pensão mensal vitalícia em favor da requerente no valor correspondente a um salário mínimo mensal na data do sinistro, acrescido de juros e correção monetária; é a constituição de capital na forma do art. 475-Q do Código de Processo Civil; e declarar a ré litigante de má-fé com todos os seus conseqüentários, invertendo-se o ônus sucumbencial, com a fixação dos honorários advocatícios em 20% sobre o valor da condenação.

DECISÃO

Nos termos do voto do Relator, decidiu a Primeira Câmara de Direito Civil, por maioria, julgar procedentes os pedidos contidos na peça preambular da ação indenizatória para condenar a Rodoviária Santa Terezinha Agência de Viagens e Turismo Ltda. e, regressivamente, Phenix Seguradora S.A. ao pagamento da quantia de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) a título de compensação pelos danos morais sofridos pela autora, incidindo correção monetária a partir da data da publicação deste acórdão e juros legais moratórios, a contar do evento danoso, fixados em 1% (um por cento) ao mês, com fulcro nas disposições do art. 406 do Código Civil de 2002; ao pagamento de pensão mensal vitalícia no valor correspondente a um salário mínimo mensal na data do sinistro, acrescido de juros e correção monetária; à constituição de capital na forma do art. 475-Q do Código de Processo Civil; e declarar a ré litigante de má-fé com todos os seus conseqüentários, invertendo-se o ônus sucumbencial, com a fixação dos honorários advocatícios em 20% sobre o valor da condenação. Vencida a Desa. Maria do Rocio Luz Santa Ritta, que votou pela improcedência da presente lide.

Participaram do julgamento, os Exmos. Srs. Des. Carlos Prudêncio e Maria do Rocio Luz Santa Ritta.

Florianópolis, 26 de junho de 2007.

Joel Dias Figueira Júnior
Relator designado

Declaração de voto vencido da Exma. Sra. Des. Maria do Rocio Luz Santa Ritta

Divergi da douta maioria por entender que, não obstante em matéria de ação rescisória vigore a regra segundo a qual *iura novit curia* (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Considerações sobre a causa de pedir na ação rescisória*. Temas de direito processual – Quinta Série. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 210-211; REsp. n. 23.182/GO e REsp. n. 79.580/SP), que permite ao órgão julgador — salvo em caso de violação a literal dispositivo de lei (no âmbito exclusivo do art. 485, V, CPC), em que cada violação é uma causa de pedir (DIDIER JÚNIOR, Fredie. Objeto da cognição judicial. *Revista dialética de direito processual*. n. 6, set./2003) — enquadrar a alegação em permissivo de rescindibilidade diverso do listado pela parte na peça inicial, não me parece essa a hipótese dos autos.

É que o dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida, enquanto causa de rescisão de provimentos jurisdicionais, liga-se ao atuar sob a perspectiva de dentro do processo, do dolo processual, substanciado na ocultação de provas, no comportamento enganoso capaz de subtrair à parte adversa a possibilidade de instrução processual; enfim, na incursão do vencedor nas condutas abstratamente previstas no art. 17 do CPC, distanciando a prestação jurisdicional da aplicação justa e correta do direito (AR n. 98, Min. Adhemar Maciel). Há de haver, portanto,nexo de causalidade entre a conduta reprovável da parte e a solução jurisdicionalmente outorgada à causa, ou, na lição de Pontes de Miranda, "é de exigir-se, na espécie do art. 485, III, ter havido a causalidade entre o dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida, ou a colusão das partes para fraudar a lei, e a sentença do juiz ou o acórdão" (*Tratado da ação rescisória*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976. p. 236).

Clássico é o ensinamento de Barbosa Moreira:

Ocorre este motivo de rescisão quando a parte vencedora, seja qual for, faltando ao dever de lealdade e boa-fé (art. 14, II), haja impedido ou dificultado a atuação processual do magistrado, em ordem a afastá-lo da verdade. Alguns exemplos: o autor obsteu a que o réu tomasse conhecimento real da propositura da ação, ou de qualquer modo o levou a ficar revel; o litigante vitorioso criou empecilho, de caso pensado, à produção de prova que sabia vantajosa para o adversário, subtraiu ou inutilizou documento por este junto aos autos. Não basta a simples afirmação do fato inverídico, sem má-fé, nem o silêncio acerca de fato desfavorável relevante, nem a abstenção de produzir prova capaz de beneficiar a parte contrária. Tampouco é suficiente que se haja tirado proveito, com habilidade, de alguma situação de inferioridade em que se tenha visto o adversário, quanto às suas possibilidades de defesa, por motivos estranhos à vontade do litigante vitorioso.

[...]

É necessário o nexo de causalidade entre o dolo e o pronunciamento do órgão judicial. O resultado do processo precisa ter sido o que foi em razão do comportamento doloso (*verbis*: “quando resultar de dolo” [...]). Em outras palavras: exige-se que, sem este, a decisão houvesse de ser diversa (*Comentários ao código de processo civil*. Forense, 1981. p. 148).

E em igual sentido escreve Sérgio Porto:

Os motivos que, por dolo da parte vencedora, ensejam demanda rescisória não se esgotam no elenco do artigo 17, do CPC, mas, em verdade, sempre que esta se valeu de manobra fraudulenta, ardis, maquinações e comportamento enganoso capaz de subtrair do adversário o direito de produzir atos e provas no processo, reduzindo-lhe a capacidade de defesa e, por decorrência, afastando o juízo de uma decisão em sintonia com a verdade, presente estará o dolo rescisório, e, portanto, possível a demanda de anulação da sentença com suporte nesse comportamento, desde que, evidentemente, exista nexo de causalidade entre o dolo e a rescisão. Exige-se, pois, que sem este a decisão houvesse de ser diversa, na medida em que o dolo apto a ensejar rescisão deve ser eficaz (*Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais. v. 6, p. 309).

A sentença rescidenda vem assim lavrada:

[...]

Entretanto, a autora não obteve êxito em comprovar que tais danos suportados foram realmente ocasionados no interior de um dos veículos da empresa ré.

A autora, no decorrer da instrução, apenas acostou os documentos que demonstram gastos com tratamento médico e hospitalar, porém, não conseguiu comprovar que estas despesas foram decorrentes de manobra imprudente do motorista da empresa-ré, bem como de oleosidade no piso do veículo, ambos mencionados na inicial, levando, conseqüentemente, ao suposto acidente relatado.

Ademais, os documentos juntados aos autos são requisições de exames, receituários e atestados médicos, todos exarados dois anos após a data do alegado evento danoso.

Destarte, o liame de causalidade entre o dano e o fato suportado pela vítima e as provas acostadas pela autora de um eventual ato culposo do agente, seria requisito fundamental para atribuir à ré a obrigação de indenizar, o que, no caso em questão, não foi demonstrado.

Em relação à prova testemunhal colhida, valho-me dos testigos trazidos aos autos, pois, no decorrer da fase dilatória, foram os que convergiram de forma mais percuciente para o deslinde da ação.

Analisando o depoimento da testemunha trazida pela parte autora, por ocasião da acareação de fl. 345, vislumbra-se que há a afirmação daquela, aduzindo que o Sr. Adelécio, no momento do suposto acidente, não era o cobrador do mencionado coletivo.

Também em depoimento de fl. 297 dos autos, a testemunha trazida pela autora afirmou ser o Sr. Carlito o motorista que estava conduzindo o ônibus no momento do suposto acidente.

Entretanto, em seu depoimento, o Sr. Adelécio disse estar trabalhando naquele momento, fazendo parceria com o motorista de nome Carlito, e nenhum outro ônibus poderia passar naquela localidade, naquele horário, a não ser aquele em que ele trabalhava.

Também disse o Sr. Adelécio que não lembra, em nenhum momento, de qualquer acidente ocorrido naquele dia, tudo conforme depoimento de fls. 344-345 dos autos.

Examinando também o documento juntado às fls. 348-349 dos autos, conclui-se que o Sr. Adelécio, no dia 25-4-1996, trabalhava como cobrador do referido veículo, com o Sr. Carlito, conforme assinaturas lançadas naquele.

Conclui-se dos depoimentos da Sra. Gizele Pereira uma contradição em relação aos empregados que efetivamente estavam no interior do coletivo na data de 25-4-1996, pois a própria testemunha arrolada pela autora afirmou ser Carlito o responsável pela suposta manobra imprudente que ocasionou o possível acidente, porém, afirma também, que o cobrador não era o Sr. Adelécio.

Às fls. 348-349 ficou devidamente comprovado que os dois, motorista e cobrador, trabalhavam juntos na data do suposto acidente; portanto, não poderia ser outro o cobrador que estava no veículo da empresa-ré naquele momento.

Sendo assim, havendo incoerência nas afirmações de Gizele Pereira, testemunha arrolada pela autora, seu depoimento não pode servir como meio de informação adequada para se apurar qualquer responsabilidade da empresa-ré, no que concerne ao suposto acidente.

Ainda, o boletim de ocorrência realizado pela autoridade policial, muito depois da data do evento mencionado pela autora, não carrega em si o princípio da presunção de veracidade e de credibilidade, e não pode ser utilizado como parâmetro inequívoco de comprovação.

[...]

Ressalte-se que os prejuízos advindos do acidente causaram dor e sofrimento à autora. Eventual indenização pelos danos causados seria prontamente atendida pelo Poder Judiciário. Se comprovada a ocorrência do ato ilícito, mas ausente um dos elementos da responsabilidade civil, impõe-se a rejeição do pleito indenizatório.

Incumbia à autora o ônus de provar de modo cabal os fatos constitutivos do seu direito, nos termos do art. 333, I, do Código de Processo Civil.

[...]

Destarte, não provando a autora nenhum grau de culpa da empresa-ré, no suposto evento lesivo, não há outra saída senão a improcedência da demanda (fls. 18-20).

Note-se que a sentença, portanto, conclui pela improcedência dos pedidos de indenização por falta de prova do acidente e do vínculo etiológico entre ele e as lesões. Centra-se basicamente na anemia do plexo probatório que incumbia à autora produzir (art. 333, I, do CPC), na incongruência do testemunho de Gizele Pereira.

Nesse cenário, não há a necessária relação de causalidade entre, de um lado, a atuação tida como dolosa da Transportadora e, de outro, o desfecho jurisdicional reservado à lide. A sentença, como razão de decidir, em nenhum momento se deixa influenciar pela alegação de que o ônibus envolvido não tinha catraca, era conduzido por Anilson Prudente de Souza e tinha como cobrador Gilmar de Souza, informações inverídicas prestadas pela então ré e levadas em consideração no voto do Des. Subst. Joel Dias Figueira Júnior. Antes, pelo contrário, a sentença parte da premissa de que o ônibus envolvido no suposto acidente era o conduzido pelo motorista “Carlito”, exatamente como afirmado pela testemunha da autora e, a partir daí, encontra incongruências no depoimento dessa mesma testemunha arrolada pela demandante. Desconsidera a tese da contestação e, ainda assim, rejeita a versão dos fatos.

Mesmo que tenha havido dissonância entre o afirmado na contestação e o apurado no transcurso do processo, certo é que tal dissonância, observados o contraditório e o procedimento adequado (parte consensual do voto), não deu causa ao julgamento de improcedência dos pedidos. A própria sentença assim esclarece ao afirmar que "os testigos trazidos aos autos [...] foram os que convergiram de forma mais percuente para o deslinde da ação", testigos esses que não encampam a versão da contestação e não possuem, portanto, a força de conduzir a sentenciante a erro. O julgamento de improcedência, na verdade, não deriva da atuação

processual reprovável, mas, dentre outros fatores: a) da circunstância de a única prova produzida ser uma testemunha contraditória e inconsistente; b) de a ação indenizatória ter sido aforada após o transcurso de longos anos; c) de o boletim de ocorrência datar de um biênio posterior à ocasião do acidente; d) de não existirem receituários, exames e atestados médicos contemporâneos ao evento; e) de não existir sequer a formalização de um pedido ou reclamação administrativa precedentes; e, enfim, e) da anemia probatória, circunstância, aliás, de revolvimento inviável em sede rescisória (AR n. 1988.019117-3), em que descabe, em linha de princípio, realizar nova valoração fática.

Nesses termos, ausente o nexo causal entre a atuação processual tida como lesiva e o resultado da causa, é inviável o acolhimento do *iudicium rescindens*, por isso que "Se a decisão não se fundou na falsa prova, a má-fé do litigante poderá acarretar outras sanções, mas a sentença não será rescindível" (op. cit. p. 148).

Por esses motivos, votei pela improcedência do pedido.

Maria do Rocio Luz Santa Ritta

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

APELAÇÕES CÍVEIS

Apelação Cível n. 2006.047572-4, de Chapecó

Relator: Des. Monteiro Rocha

DIREITO CIVIL – COISAS – POSSE – AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO – PROCEDÊNCIA PARCIAL NO JUÍZO *A QUO* – INCONFORMISMO DO RÉU – SEPARAÇÃO JUDICIAL – BENS PARTILHADOS DE POSSE EXCLUSIVA DA SEPARANDA – RETOMADA DOS BENS PELO EX-MARIDO – ESBULHO CONFIGURADO – PROTEÇÃO POSSESSÓRIA VIÁVEL – RECURSO IMPROVIDO.

Comete esbulho possessório, remediável por meio de reintegração de posse, o ex-cônjuge que retoma ilegalmente do outro bens de posse exclusiva deste, decorrente de homologação judicial da partilha.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2006.047572-4, da comarca de Chapecó (Vara da Família, Órfãos, Infância e Juventude), em que é apelante M. P. , e apelada I. R.:

ACORDAM, em Segunda Câmara de Direito Civil, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento. Custas na forma da lei.

RELATÓRIO

I. R., qualificada nos autos, por seu advogado, ajuizou ação de reintegração de posse contra M. P., seu ex-marido.

Afirmou que, nos termos do acordo da separação judicial acostado aos autos, passou a ser exclusiva proprietária e possuidora, dentre outros, dos seguintes bens: a) um compressor de ar “Pressure”, que acompanha a cabine de pintura; b) um eletrodoméstico “Bimby 3300”; c) um aquecedor de R\$ 2.000,00; d) três aquecedores “DeLonghi” de R\$ 1.200,00; e) tapetes, televisor e outros bens.

Proseguiu argumentando que em 3-6-2004 seu ex-marido/requerido adentrou nos imóveis dela e retirou os bens *supra*, levando-os para a sede da empresa onde trabalha, pelo que fica configurado o esbulho possessório.

Assim recorrendo, requereu a procedência do pedido, com o deferimento de liminar possessória e, ao final, a reintegração definitiva na posse do compressor, do eletrodoméstico e dos quatro aquecedores.

Às fls. 17-19, a Magistrada *a quo* deferiu *inaudita altera parte* a liminar requerida.

Citado, o requerido M. P. ofereceu contestação, alegando, em síntese, que não consta no termo da partilha amigável que os bens pleiteados pertençam à autora.

Ao final, pugnou pela improcedência do pedido e pela condenação da autora ao pagamento de custas e honorários.

Em réplica à contestação (fls. 27-28), a autora salientou que o compressor de ar integra a cabine de pintura e que os demais equipamentos compunham os móveis do escritório.

Audiência conciliatória à fl. 51.

Apreciando antecipadamente a lide, a Magistrada *a quo* julgou parcialmente procedente o pedido.

A parte dispositiva da sentença apelada possui o seguinte teor (fl. 57):

Ante o exposto e o que mais dos autos consta, JULGO PROCEDENTE EM PARTE os pedidos requeridos na inicial da ação proposta por I. R. em face de M. P., para confirmar a decisão liminar de fls. 17-19 e reintegrar definitivamente à requerente a posse dos bens: a) compressor de ar PRESSURE, azul e vermelho; b) aparelho BIMBY 3300; c) três aparelhos aquecedores de ambiente, marca DELONGHI. Condeno o requerido ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, os quais fixo em R\$ 500,00 (quinhentos reais), o que faço com fundamento no art. 20, § 4º, atendidas as alíneas do § 3º, do mesmo artigo, todos do CPC.

Irresignado com a resposta judicial, o réu M. P. interpôs recurso de apelação, alegando o seguinte: a) que na partilha de bens “*em nenhum momento constou que o compressor fizesse parte dos bens que couberam à apelada*”; b) que no termo de partilha ficou estipulado que a autora/apelada permaneceria com a “cabine de pintura”, que tem por finalidade isolar objetos após serem pintados, ao passo que o réu/apelante ficaria com a “máquina de pintura”, a qual tem função de aplicar diversos tipos de tinta sobre uma superfície, pelo que o compressor é parte integrante desta última; e c) que consta na partilha que dois aquecedores seriam de propriedade do réu/apelante.

Requeru, enfim, o provimento do recurso para julgar improcedente o pedido reintegratório, invertendo-se os ônus de sucumbência.

Não houve contra-razões (fl. 65-v.).

VOTO

A súplica recursal é dirigida contra a sentença que, em ação de reintegração de posse, julgou parcialmente procedente o pedido, determinando

a reintegração da autora na posse de um compressor de ar, um eletrodoméstico “bimby 3300” e três aquecedores de ambiente “DeLonghi”.

Em suas razões de apelação, o ex-marido/requerido limita-se a argumentar que o compressor de ar e os três aquecedores lhe pertencem, segundo estabelecido no termo de partilha de fls. 7-10.

O apelo desmerece prosperar.

Colhe-se do item 1, letra “h”, do termo de partilha que, dentre os bens do casal em litígio, permanecerá com a autora/apelada “a *Empresa Solar Piscinas e a Empresa Global Piscinas [...]*” (fl. 8).

Por outro lado, o item 2, letra “c”, do referido termo estipula que cabe ao réu/apelante o “Estoque da Empresa Global Piscinas compreendido em uma laminadora, uma máquina de pintura, seis moldes de piscina, nove moldes de banheiras, um molde de um spa”. O item 2, letra “e”, menciona “Estoque da Empresa Solar Piscinas compreendido em três banheiras jacuzzi, dois aquecedores elétricos, exceto móveis do escritório e cabine de pintura” (fl. 8).

No tocante ao compressor de ar “Pressure”, é incontroverso que este é parte integrante da cabine de pintura, tal como alegado pela autora em sua inicial, tanto que o réu em sua contestação não impugnou o aludido fato, restringindo-se a argumentar que o compressor lhe pertencia, segundo o termo de partilha.

Além disso, é frágil a alegação do réu/apelante de que o compressor acompanha a sua “máquina de pintura” e não a “cabine de pintura” da autora/apelada, logo, sem maiores detalhes e especificações de cada um dos equipamentos, pode o compressor de ar ser parte integrante tanto de um como de outro equipamento.

Com efeito, é perfeitamente plausível que a “cabine de pintura” da apelada constitua um sistema de pintura, com cabine, compressor de ar e

pistola, motivo pelo qual deve prevalecer o fato alegado pela autora e não impugnado pelo réu na contestação, de que o compressor de ar acompanha a cabine.

Quanto aos três aquecedores “DeLonghi”, como afirma o próprio réu/apelante, são aquecedores *de ambiente*, do que se infere serem parte dos “móveis do escritório” da autora/apelada (item 2, letra “e”).

Referidos aquecedores não podem ser considerados como parte do “estoque” da Empresa Solar Piscinas, que discrimina “dois aquecedores elétricos”, e estes, pois, até prova em contrário, são aquecedores para piscina.

Por essas razões, mostra-se ilegal o ato do réu de retirar os bens, objeto do apelo, uma vez que, a partir da homologação da partilha, a posse sobre eles passou a ser exclusiva da autora.

Sobre o assunto, discorre tito fulgêncio que “cumpre observar que para ser um ato considerado turbação de posse, é mister que seja uma via de fato ilícito, a dizer, que o seu autor tenha agido ilegalmente” (*Da posse e das ações possessórias*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. 2v. v. 1: Teoria Legal -- Prática, p. 104).

Efetivamente, está caracterizado o esbulho possessório perpetrado pelo réu/apelante, fazendo jus a autora/apelada à proteção possessória, nos termos do art. 1.210 do CC/2002, o qual dispõe que “o possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação, restituído no de esbulho, e segurado de violência iminente, se tiver justo receio de ser molestado”.

Ante o exposto, voto pelo improvimento do recurso.

DECISÃO

Nos termos do voto do Relator, por unanimidade, esta Segunda Câmara de Direito Civil decide conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

Participou do julgamento o Exmo. Sr. Desembargador Luiz Carlos Freyesleben.

Florianópolis, 1º de fevereiro de 2007.

Mazoni Ferreira
PRESIDENTE, COM VOTO

Monteiro Rocha
RELATOR

Apelação Cível n. 2007.006407-4, de São José

Relator: Des. Monteiro Rocha

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL – TAXAS DE CONDOMÍNIO – AÇÃO DE COBRANÇA – PROCEDÊNCIA NO JUÍZO *A QUO* – IRRESIGNAÇÃO – ILEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM* – IMÓVEL ALIENADO POR COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA – INSTRUMENTO NÃO REGISTRADO – IRRELEVÂNCIA – DÉBITO POSTERIOR À VENDA – ILEGITIMIDADE DO PROMITENTE VENDEDOR CONFIGURADA – PRELIMINAR ACOLHIDA – EXTINÇÃO DO PROCESSO – APELO PROVIDO.

Mesmo inexistente o respectivo registro imobiliário do compromisso de compra e venda, é do promissário comprador a responsabilidade pelo pagamento das taxas condominiais vencidas, mormente quando na posse do imóvel, e o promitente vendedor é parte ilegítima para figurar no pólo passivo da demanda.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2007.006407-4, da comarca de São José (1ª Vara Cível), em que é apelante Norberto Daniel Cúria, e apelado Condomínio Residencial Di Bernardi:

ACORDAM, em Segunda Câmara de Direito Civil, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe provimento para acolher a preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam*, extinguindo-se o processo sem julgamento do mérito, fixados os honorários em R\$ 400,00. Custas na forma da lei.

RELATÓRIO

Condomínio Residencial Di Bernardi, qualificado nos autos, representado pelo síndico Ocimar Ramos Nascimento, por intermédio de advogado, ajuizou ação de cobrança de taxas condominiais contra Norberto Daniel Cúria.

Afirmou que o requerido é proprietário do apartamento n. 4, Bloco “Salvador”, localizado no condomínio requerente.

Proseguiu argumentando que o requerido está inadimplente com o pagamento de taxas condominiais referentes ao período de abril a outubro de 2004.

Assim discorrendo, requereu a procedência do pedido, com a condenação do requerido ao pagamento de taxas condominiais vencidas e vincendas, multa moratória, juros de mora, correção monetária, custas e honorários.

Citado, Norberto Daniel Cúria ofereceu contestação, suscitando sua ilegitimidade passiva *ad causam*, em razão de ter vendido o imóvel por meio de compromisso de compra e venda em 28-2-2003.

Ao final, pugnou pela extinção do processo sem julgamento do mérito e pela condenação do autor ao pagamento de custas e honorários.

Réplica à contestação às fls. 59-65.

Apreciando antecipadamente a lide, a Magistrada *a quo* julgou procedente o pedido.

A parte dispositiva da sentença apelada possui o seguinte teor (fl. 73):

Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE o pedido formulado pelo Autor, condenando o Réu ao pagamento dos valores referentes a sua quota-parte nas despesas condominiais vencidas e vincendas até o efetivo pagamento, tudo corrigido monetariamente desde cada vencimento e com a incidência de juros de mora à taxa de 1% (um por cento) ao mês, além do pagamento de multa contratual de 2% (dois por cento) sobre o valor do débito. Os juros de mora não deverão incidir sobre a multa, e nem esta sobre os juros de mora.

Condeno o Réu ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.

Defiro o benefício da justiça gratuita ao Réu, sendo que as custas processuais terão sua exigência “sobrestada até e se, dentro em cinco anos, a

parte vencedora comprovar não mais subsistir o estado de miserabilidade da parte vencida. (STJ -- 4ª Turma, Resp 8.751 - SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, j. 17-12-91, DJU 11-5-92)” (Theotônio Negrão, CPC e Legislação Processual Civil em Vigor, 30º ed., p. 1.100).

P. R. I.

Irresignado com a resposta judicial, o requerido Norberto Daniel Cúria interpôs recurso de apelação, argüindo sua ilegitimidade passiva *ad causam*, pois vendeu o imóvel em 28-2-2003.

Alegou que

o fato do imóvel ainda constar em nome do apelante, junto ao Cartório de Registro de Imóveis, dá-se por culpa exclusiva dos compradores, que não transferiram o imóvel para seu nome. Incontestável é que a venda foi realizada e se efetivou com o pagamento, conforme demonstrado com o recibo de depósito e contrato de compra e venda com firmas reconhecidas na data da celebração (fl. 80).

Requeru, enfim, o provimento do recurso para reconhecer-se sua ilegitimidade passiva *ad causam*.

Às fls. 91-100, o autor Condomínio Residencial Di Bernardi apresentou contra-razões, pugnano pela manutenção da sentença recorrida.

VOTO

Depreende-se do compromisso de compra e venda de fls. 47-48 que, em 28-2-2003, o requerido Norberto Daniel Cúria e sua esposa venderam a Maria Albertina de Melo e José Afonso da Cruz o apartamento n. 4 relacionado à presente ação de cobrança de taxas condominiais.

Nesse contexto, mesmo inexistente o respectivo registro imobiliário do compromisso de compra e venda, é dos promissários compradores a responsabilidade pelo pagamento das taxas condominiais vencidas após a imissão de posse dos adquirentes, e o promitente vendedor é parte ilegítima para figurar no pólo passivo da demanda.

Quando chamada a resolver problema jurídico semelhante ao do caso *sub judice*, esta Segunda Câmara de Direito Civil tem decidido o seguinte:

Não obstante a ausência de registro do contrato de compromisso de compra e venda no cartório imobiliário, o promitente vendedor não é responsável pelo pagamento de encargos condominiais posteriores à efetiva entrega do bem ao adquirente, sobretudo quando o condomínio credor tem ciência dessa transação. Nesse caso, o antigo proprietário do imóvel é parte ilegítima para figurar no pólo passivo da *actio* (TJSC, 2ª Câmara de Direito Civil, rel. Des. Luiz Carlos Freyesleben, Ap. Cív. n. 2001.010597-7, de São José, j. em 16-9-2004).

No caso *sub examine*, verifica-se que após a venda do imóvel o requerido e sua esposa passaram a residir no bem como locatários dos promissários compradores até maio de 2004, quando se mudaram e alugaram outro imóvel em local diverso, conforme se infere do contrato de locação de fls. 40-42, de modo que não podem responder pelos débitos condominiais depois dessa data.

Sobre o tema, leciona o eminente Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, do Superior Tribunal de Justiça, que,

sendo o pagamento de conta condominial modalidade de obrigação *propter rem*, a respectiva satisfação é de responsabilidade, em princípio, daquele que figura no álbum imobiliário como titular da propriedade. Esse, portanto, é que deve ser demandado. *Admite-se, contudo, diante do que expressamente estabelecido no art. 4º da Lei n. 4.591/64, que não só o proprietário, mas também aquele ao qual transferidos “direitos pertinentes à aquisição” – aí incluídos o promissário comprador e o promissário cessionário – responda pelas despesas de condomínio da unidade autônoma [...] (STJ — 2ª Seção, excerto do voto do rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, EREsp. n. 138.389/MG, DJU 13-9-99, p. 39, j. em 9-8-99).*

Outrossim, conforme explana o eminente Min. Jorge Scartezzini,

o artigo 20 da Lei n. 4.591/64 claramente assevera o *status* de “condômino” ao ocupante do imóvel, a quem cabe, “a qualquer título, todas as obrigações referentes ao uso, fruição e destino da unidade” (STJ — 4ª Turma, excerto do voto do rel. Min. Jorge Scartezzini, REsp. n. 691.656/SP, DJU 11-4-2005, p. 329, j. em 17-3-2005).

Aliás, o Código Civil de 2002 dispõe o seguinte:

Art. 1.334. Além das cláusulas referidas no art. 1.332 e das que os interessados houverem por bem estipular, a convenção determinará:

I -- a quota proporcional e o modo de pagamento das contribuições dos condôminos para atender às despesas ordinárias e extraordinárias do condomínio;

[...]

§ 2º São equiparados aos proprietários, para os fins deste artigo, salvo disposição em contrário, os promitentes compradores e os cessionários de direitos relativos às unidades autônomas.

Trazem-se aos autos entendimentos jurisprudenciais do Superior Tribunal de Justiça, que reputo aplicáveis ao caso vertente:

— O promitente vendedor, *in casu* o cedente, não responde pelos encargos condominiais devidos após a alienação do imóvel feita por meio de escritura pública de cessão de direitos, mesmo que, apesar de transferida a posse, não tenha sido alterado o registro do imóvel (STJ – 4ª Turma, rel. Min. Jorge Scartezzini, REsp. n. 647.813/SP, DJU 21-3-2005, p. 401, j. em 3-3-2005).

— [...] enquanto na posse dos compromissários compradores, estes se responsabilizam pelos encargos condominiais do imóvel [...] (STJ — 4ª Turma, rel. Min. Jorge Scartezzini, REsp. n. 691.656/SP, DJU 11-4-2005, p. 329, j. em 17-3-2005).

— A falta de registro do contrato no Ofício Imobiliário não descaracteriza a responsabilidade do promitente comprador pelo pagamento das quotas de condomínio (STJ — 2ª Seção, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, EREsp. n. 261.693/SP, DJU 10-3-2003, p. 82, j. em 10-4-2002).

— A inexistência de registro do título aquisitivo da unidade residencial não afasta a responsabilidade da nova adquirente pelo pagamento das cotas condominiais relativamente ao período posterior à compra, sendo indevida a cobrança feita à antiga condômina, que deve ser exigido daquela, contra a qual foi, inicialmente, movida a ação com base no aludido contrato (STJ – 4ª Turma, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, REsp. n. 450.957/RJ, DJU 17-2-2003, p. 294, j. em 15-10-2002).

Ante o exposto, voto pelo provimento do recurso para acolher a preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam*, extinguindo-se o processo sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, VI, do CPC.

Em decorrência, condena-se o condomínio apelado ao pagamento, em favor do patrono do apelante, de custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em R\$ 400,00 (quatrocentos reais), em observância aos parâmetros estabelecidos no § 3º do art. 20 do CPC, ponderando-se precipuamente o reduzido valor da causa (R\$ 664,16) e sua simplicidade, consoante apreciação eqüitativa estabelecida no § 4º do mesmo diploma legal.

DECISÃO

Nos termos do voto do Relator, por unanimidade, esta Segunda Câmara de Direito Civil decide conhecer do recurso e dar-lhe provimento para acolher a preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam*, extinguindo-se o processo sem julgamento do mérito, fixados os honorários em R\$ 400,00.

Participou do julgamento o Exmo. Sr. Des. Luiz Carlos Freyesleben.

Florianópolis, 29 de março de 2007.

MAZONI FERREIRA

Presidente, com voto

MONTEIRO ROCHA

Relator.

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

APELAÇÕES CÍVEIS

Apelação Cível n. 2007.008413-1, de Balneário Camboriú

Relator: Des. Fernando Carioni

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – ATO NOTARIAL – RESPONSABILIDADE OBJETIVA – LAVRATURA DE PROCURAÇÃO FALSA POR TABELIÃO – COMPRA E VENDA DE IMÓVEL – OUTORGANTE E OUTORGADO FALSÁRIOS – DESFAZIMENTO DO NEGÓCIO PELO VERDADEIRO PROPRIETÁRIO – PREJUÍZO DO ADQUIRENTE DE BOA-FÉ – DESÍDIA DO NOTÁRIO VERIFICADA – NEGLIGÊNCIA SOBRE A VERACIDADE DOS DOCUMENTOS DE IDENTIFICAÇÃO – ATO ILÍCITO CARACTERIZADO – DEVER DE INDENIZAR – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO.

"A teor do que dispõe o art. 37, § 6º, da CRFB as pessoas jurídicas de direito público e as pessoas jurídicas de direito privado que prestam serviços públicos respondem objetivamente pelos danos que seus agentes – entre eles os notários e registradores – causem a terceiros no exercício da função" (TJSC, Des. Volnei Carlin).

Responde pelos prejuízos causados o notário que não procede à verificação da veracidade dos documentos e das informações que lhe foram prestadas, lavrando, em consequência, mandato falso

que deu origem a compra e venda de imóvel, já que permitiu que falsário agisse como mandatário do legítimo proprietário.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2007.008413-1, da comarca de Balneário Camboriú (2ª Vara Cível), em que é apelante Sérgio Ivan Margarida, e apelados Ailton José de Souza e Walter Corrêa:

ACORDAM, em Terceira Câmara de Direito Civil, por votação unânime, negar provimento ao recurso. Custas legais.

RELATÓRIO

Ailton José de Souza ajuizou a Ação de Indenização n. 005.99.010720-0 contra Walter Corrêa e o 1º Tabelionato de Notas e Protesto da comarca de Blumenau, na pessoa de seu titular, Sérgio Ivan Margarida, alegando, em suma, que no dia 20 de abril de 1995 firmou contrato de compra e venda de um terreno com o primeiro requerido, este se dizendo representante do dono do imóvel, José Alves dos Santos, conforme procuração lavrada no ato da celebração do pacto.

Disse que, posteriormente, descobriu que a procuração foi obtida por meio fraudulento, com apresentação de documentos falsificados e por pessoa diversa da do proprietário do bem.

Entendeu, dessa forma, que faz jus ao ressarcimento pelos prejuízos a que foi submetido, valorando-os, ademais, em R\$ 8.000,00.

Devidamente citados, os réus apresentaram cada qual a sua contestação.

Houve réplica.

Inexitosa a conciliação, foi colhida a prova oral postulada pelos litigantes.

Sentenciando o feito, o Magistrado *a quo* julgou procedente a demanda e condenou os réus solidariamente ao pagamento de indenização no valor de R\$ 8.000,00, corrigido monetariamente pelo INPC e acrescido de juros de mora de 6% ao ano, durante a vigência do CC/16, e 1% ao mês com a vigência do CC/02, ambos a contar de 20-4-95, data da negociação (fl. 12). Impôs aos vencidos, ainda, o pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, estes fixados em 20% do valor da condenação.

Inconformado, Sérgio Ivan Margarida recorre, sustentando que a responsabilidade dos tabeliães é subjetiva, necessitando da comprovação da culpa ou do dolo para a ocorrência do dano.

Menciona que os documentos apresentados para a lavratura da procuração e da escritura pública de compra e venda questionadas não apresentavam nenhum indício de falsidade, sendo esta verificável, ainda, somente por meio de exame técnico.

Argumenta que não há prova da falsificação, uma vez que as partes concordaram em rescindir o contrato, o que convalida o ato e afasta o alegado prejuízo.

Acresce, também, que a perícia não foi conclusiva acerca da falsificação da assinatura aposta na procuração utilizada na compra e venda.

Foram ofertadas contra-razões ao recurso.

Após, os autos ascenderam a esta Corte.

VOTO

A presente inconformação tem por objeto a sentença de primeiro grau que, julgando procedente a ação de indenização proposta por Ailton José de Souza contra Walter Corrêa e o 1º Tabelionato de Notas e Protesto da comarca de Blumenau, na pessoa de seu titular Sérgio Ivan Margarida,

condenou os réus solidariamente ao pagamento de indenização no valor de R\$ 8.000,00, corrigido monetariamente pelo INPC/IBGE e acrescido de juros de mora de 6% ao ano, durante a vigência do CC/16, e 1% ao mês com a vigência do CC/02, ambos a contar de 20-4-95, data da negociação (fl. 12); e impôs aos vencidos, ainda, o pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, estes fixados em 20% sobre o valor da condenação.

Alega o apelante, Sérgio Ivan Margarida, que a responsabilidade civil dos tabeliães é subjetiva, necessitando da comprovação da culpa ou do dolo pelo dano decorrente da má prestação de serviço.

De início, cabe consignar que existe uma grande divergência entre a doutrina e a jurisprudência a respeito da responsabilidade objetiva ou subjetiva nos casos de indenização proposta diretamente contra o notário, diversamente quando a ação é ajuizada contra o Estado, na qual prevalece a primeira.

Todavia, afigura-se, mesmo nesse caso, a teoria da responsabilização civil objetiva ao notário pelos danos advindos por ato de seus agentes, sem a necessidade de comprovação de culpa ou dolo, uma vez que, pela regra do § 6º do art. 37 da Constituição Federal, é equiparada a pessoa de direito privado prestadora de serviço público à pessoa jurídica de direito público.

Leciona Humberto Theodoro Júnior, no artigo intitulado "Alguns impactos da nova ordem constitucional sobre o direito civil", publicado na RT 662:7:

Parece-me, porém, que a nova responsabilidade dos notários e oficiais de registro será "objetiva", dispensando-se a perquirição do elemento culpa, em face da regra do § 6º do art. 37 da Constituição, que equipara as pessoas de direito privado prestadoras de serviço público às pessoas jurídicas de direito público, em matéria de responsabilidade civil.

Corroboram as seguintes decisões:

A teor do que dispõe o art. 37, § 6º, da CRFB as pessoas jurídicas de direito público e as pessoas jurídicas de direito privado que prestam serviços públicos respondem objetivamente pelos danos que seus agentes – entre eles os notários e registradores – causam a terceiros no exercício da função (TJSC, Ap. Cív. n. 2003.028507-5, da Capital, rel. Des. Volnei Carlin, j. em 13-12-06).

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. LAVRATURA DE ESCRITURA PELO TABELIÃO TITULAR. ASSINATURA FALSA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO TITULAR DO CARTÓRIO. Nenhum óbice existe para que a vítima acione o titular do cartório pelos seus atos, praticados no exercício da função, sendo responsável pelos danos que causar a terceiros. O art. 37, § 6º, da Constituição Federal é claro no sentido de que as pessoas de direito público e as de direito privado que são prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes causarem a terceiros (TJMG, AC n. 1.0342.03.037427-2/001, de Ituiutaba, Nona Câmara Cível, rel. Des. Antônio de Pádua, j. em 18-7-06).

RESPONSABILIDADE CIVIL. INSTRUMENTO DE PROTESTO LAVRADO POR TABELIÃO. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO. ENDEREÇO ERRÔNEO. ALEGAÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL POR PARTE DO NOTÁRIO. AUSÊNCIA DE FALHA NO SERVIÇO. Pacificada no STF a tese de que, em se tratando de atividade cartorária exercida à luz do artigo 236 da Constituição Federal, a responsabilidade é objetiva, tanto do Estado como do serventuário titular de cartório e registro extrajudicial. No caso *sub judice*, no entanto, não restou caracterizada a prática de ato ilícito ou falha no serviço da Tabeliã, que agiu dentro dos limites preconizados pela Lei nº 9492/97. Dever de indenizar não reconhecido. Sentença mantida. APELO IMPROVIDO (TJRS, AC n. 70012531737, de Três de Maio, Décima Câmara Cível, rel. Des. Paulo Antônio Kretzmann, j. em 26-1-06).

Assim, diversamente do assentado no recurso, deve ser mantida a análise do caso concreto sob o pálio da responsabilidade civil objetiva.

Em outras oportunidades do recurso, menciona o recorrente que os documentos apresentados para a lavratura da procuração e da escritura pública de compra e venda questionadas não apresentavam nenhum indício de falsidade, sendo esta verificável, ainda, somente por meio de exame técnico.

Argumenta que não há prova da falsificação, uma vez que as partes concordaram em rescindir o contrato, o que convalida o ato e afasta o alegado prejuízo.

Acresce, também, que a perícia não foi conclusiva acerca da falsificação da assinatura aposta na procuração utilizada na compra e venda.

Tais articulações não merecem prosperar.

Por primeiro, cabe destacar que, para caracterizar-se o ilícito civil nos casos de responsabilidade objetiva, basta a existência do dano e do nexo de causalidade entre o fato e o dano, o que torna irrelevante a conduta (dolo ou culpa) do agente.

Ensina Nelson Nery Junior:

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 par. ún.), 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 extra-

vagantes (*Código civil anotado e legislação extravagante*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 239, nota 5 ao art. 186 do CC/02).

No presente caso, independentemente do laudo pericial de fls. 174-175, realizado no inquérito policial, vislumbra-se inequívoca ao juízo a falsidade da assinatura de José Alves dos Santos na procuração de fl. 10 e no compromisso particular de compra e venda de fl. 8, uma vez que, sem necessidade de maiores conhecimentos técnicos, diverge da firma reconhecida no 1º Tabelionato de Balneário Camboriú.

Outro ponto a destacar é a própria dissonância verificada entre as assinaturas de José Alves dos Santos nos instrumentos mencionados, porque, a princípio, firmadas na mesma data (20-4-95), apresentam-se com estilo gráfico-visual diferente, o que evidencia um indício de falsidade que deveria ter sido observado pelo tabelião.

Percebe-se, ainda, fato mais gravoso que se soma à desídia do notário: o número do documento de identidade que consta na procuração mencionada como de José Alves dos Santos (RG 7.412.986-SP), em verdade, conforme pesquisa da autoridade policial, é de Ivaldyr de Jesus Teixeira (fl. 33).

Ora, o próprio apelante é sabedor, consoante as razões do recurso à fl. 222, que lhe cabia conferir a identidade, capacidade e representação das partes, nos termos do art. 378, XIV, do Código de Normas da Corregedoria-Geral da Justiça do Estado de Santa Catarina, hoje com redação no art. 546, XII, o que definitivamente não ocorreu.

Assim, verifica-se a concorrência do notário à produção do evento danoso, porquanto descumpriu seu dever de verificar a veracidade dos documentos e das informações que lhe foram apresentadas.

Não fosse isso, é inquestionável dos autos que o terreno objeto de compra e venda não era do réu Walter Corrêa, o qual agia por meio de

procuração falsa como se proprietário fosse, conforme assentado pelo próprio Juízo de primeiro grau. Vejamos:

No caso concreto, a atuação ilícita do primeiro réu é evidente, posto ter vendido ao autor, com o uso de procuração falsa, um terreno que não lhe pertencia, obtendo vantagem indevida com o recebimento do preço.

Afirma ter adquirido o referido terreno mas não comprova nos autos esta alegação, não se tendo notícias acerca de eventuais pagamentos feitos por ele.

Assim, quanto ao primeiro réu, não restam dúvidas de seu dever de indenizar, pelo valor recebido pela frustrada negociação (fl. 206).

Destarte, comprovada a desídia do notário, que, ao lavrar a procuração, não se certificou da veracidade dos documentos e das informações prestadas e, como consequência, registrou na matrícula do imóvel uma compra e venda nula, a qual acarretou prejuízo financeiro ao comprador de boa-fé que pagou no ato o valor de R\$ 8.000,00 ao primeiro réu, deve ele ressarcir, juntamente com este, a mencionada quantia a título de dano.

Para firmar o entendimento, citam-se precedentes da jurisprudência nos quais foi reconhecida a responsabilidade do notário em casos análogos:

Quando são de considerável monta, caracterizam dano moral os incômodos e transtornos sofridos pelo proprietário do imóvel, que teve seu bem transferido a terceiros e só recuperou a propriedade com a procedência da ação anulatória que promoveu, com várias diligências de sua parte, em razão da negligência do serviço notarial que, por descuido no exame da documentação e na identificação dos interessados, permitiu a lavratura de uma procuração falsa (TJSC, Ap. Cív. n. 2004.024253-0, de Criciúma, rel. Des. Jaime Ramos, 7-3-05).

Caracterizada a culpa do notário denunciado, que lavrou escritura pública de compra e venda com base em procuração pública falsa, omitindo-se no cuidado que deveria ter no exame da documentação, deve ele responder, regressivamente, na demanda secundária oriunda

da litisdenúnciação, pelo ressarcimento do valor que o Estado vier a despendar para indenizar os compradores (TJSC, Ap. Cív. n. 2004.022170-3, de Lages, rel. Des. Jaime Ramos, j. em 8-3-05).

APELAÇÃO CÍVEL. PROCURAÇÃO FALSA. RESPONSABILIDADE DO TABELIÃO. *O serventuário que lavra mandato com poderes para alienar imóvel sem certificar-se da veracidade dos documentos de identificação do outorgante, deve arcar com os prejuízos decorrentes da venda fraudulenta do bem. A emissão de documento público é ato que deve estar cercado de todas as precauções necessárias para garantir a sua fidedignidade, evitando-se, assim, que a sua eficácia probatória – plena – seja utilizada para a facilitação de práticas ilícitas. Dever de diligência que deflui da própria natureza da atividade exercida pelo titular do Tabelionato.* Danos materiais e morais. Caráter secundário destes. Redução que se impõe, atentando-se também para o princípio da não oneração excessiva do responsável pelo dano. Apelação parcialmente provida (TJRS, AC n. 70001863893, Décima Câmara Cível, rel. Des. Luiz Ary Vessini de Lima, j. em 30-8-01) (grifei).

AÇÃO ORDINÁRIA DE NULIDADE DE ESCRITURA PÚBLICA DE PROCURAÇÃO E PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL CUMULADA COM REINTEGRAÇÃO DE POSSE E INDENIZAÇÃO. ASSINATURA FALSA. RESPONSABILIDADE DO TABELIÃO. DECLARADA A NULIDADE DA ESCRITURA PÚBLICA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL EM DECORRÊNCIA DA NULIDADE DE PROCURAÇÃO POR ESCRITURA PÚBLICA COM ASSINATURA FALSA CONSTANTE DOS PRÓPRIOS ARQUIVOS DO TABELIONATO, HÁ RESPONSABILIDADE CIVIL DO TABELIÃO PELO PAGAMENTO DA INDENIZAÇÃO RECLAMADA PELA PARTE PREJUDICADA, POIS A ELE INCUMBE ZELAR PELA REGULARIDADE E AUTENTICIDADE DOS ATOS PRATICADOS NA SERVENTIA. CULPA "INELIGENDO" E "IN VIGILANDO". A RESPONSABILIDADE DO TABELIÃO, DIRETAMENTE ACIONADO, NÃO PODE SER TRANSFERIDA PARA O ESTADO. APELO IMPROVIDO (TJRS, AC n. 587041187, Quarta Câmara Cível, rel. Des. Sílvio Manoel de Castro Gamborgi, j. em 13-9-89).

Argumenta-se que nem sequer há falar que o ato foi convalidado pela rescisão registrada à fl. 165 dos autos, uma vez que em nenhum momento foi restabelecida a validade ou eficácia do contrato. Ao reverso, independentemente do modo realizado, o negócio foi desfeito para que a situação retornasse ao seu estado anterior, viabilizando o ressarcimento dos eventuais danos ao prejudicado que, como dito, encontram-se consubstanciados no pagamento efetuado pelo autor ao primeiro réu.

Diante do exposto, é medida de rigor negar provimento ao recurso, mantendo-se incólume a sentença de primeiro grau.

Por fim, que a Diretoria Judiciária providencie o traslado do processo e do presente acórdão e remeta à Corregedoria-Geral da Justiça, a fim de que esta tome ciência dos fatos apresentados e os averigüe.

DECISÃO

Nos termos do voto do Relator, nega-se provimento ao recurso.

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Marcus Tulio Sartorato e Sérgio Izidoro Heil.

Florianópolis, 19 de junho de 2007.

Fernando Carioni
PRESIDENTE E RELATOR

Apelação Cível n. 2005.032656-9, de Blumenau

Relatora: Desa. Salete Silva Sommariva

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE CLÁUSULA CONTRATUAL – CUMULAÇÃO COM OBRIGAÇÃO DE FAZER, REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS E CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO – CONTRATO DE SEGURO – PRETENSÃO DE RENOVAÇÃO DO PACTO – PARCIAL PROCEDÊNCIA NA ORIGEM – REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS AFASTADA.

APELO DA RÉ – PACTO DE SEGURO DE VIDA – APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – TEORIA DOS CONTRATOS CATIVOS DE LONGA DURAÇÃO – PARTE HIPOSSUFICIENTE QUE FIGURA EM POSIÇÃO DE CATIVO-CLIENTE – EXPECTATIVAS DE QUE AO VÍNCULO CONTRATUAL SEJA DADA CONTINUIDADE – RESILIÇÃO UNILATERAL E IMOTIVADA – VULNERAÇÃO AO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA – ABUSIVIDADE DAS DISPOSIÇÕES CONTRATUAIS – EXEGESE DOS ARTS. 4º, III, 47, 21, IV, IX, X E XI, TODOS DO CDC, E DOS ARTS. 113, 422 E 765 DO CC/2002 – NULIDADE DAS CLÁUSULAS QUE VIABILIZAM A RESILIÇÃO UNILATERAL – AUSÊNCIA DE MOTIVOS LEGITIMADORES DO ROMPIMENTO CONTRATUAL – MANUTENÇÃO DO PACTO NOS TERMOS CONTRATADOS – POSSIBILIDADE – RESILIÇÃO AUTORIZADA SOMENTE APÓS A DEMONSTRAÇÃO OBJETIVA DE SITUAÇÃO QUE IMPORTE NO AUMENTO DOS RISCOS ASSUMIDOS PELA COMPANHIA DE SEGURO – RECURSO DESPROVIDO.

Em se tratando o pacto de seguro de modalidade de “contrato cativo de longa duração”, é exigida do fornecedor uma conduta contratual que observe o postulado da boa-fé objetiva, não frus-

trando as expectativas de segurança do consumidor que por anos vem pagando mensalmente suas contribuições, viabilizando, desse modo, a perfeita satisfação das necessidades/interesses diretamente relacionados à peculiaridade da obrigação encetada pelas partes, escopo que para ser alcançado dependerá da continuação da relação jurídica fonte de obrigações.

“O objeto principal destes contratos muitas vezes é um evento futuro certo ou incerto, é a transferência (onerosa e contratual) de riscos referentes a futura necessidade, por exemplo, de assistência médica ou hospitalar, pensão para a viúva, formação escolar para os filhos do falecido, crédito imediato para consumo. Para atingir o objetivo contratual os consumidores manterão relações de convivência e dependência com os fornecedores desses serviços por anos, pagando mensalmente suas contribuições, seguindo as instruções (por vezes, exigentes, burocráticas e mais impeditivas do que) regulamentadoras dos fornecedores, usufruindo ou não dos serviços, a depender da ocorrência ou não do evento contratualmente previsto.

"Nestes contratos de trato sucessivo a relação é movida pela busca de uma segurança, pela busca de uma futura prestação, *status* ou de determinada qualidade nos serviços, o que reduz o consumidor a uma posição de 'cativo'-cliente do fornecedor e de seu grupo de colaboradores ou agentes econômicos. Após anos de convivência, da atuação da publicidade massiva identificando o *status* de segurado, de cliente ou de conveniado a determinada segurança para o futuro, de determinada qualidade de serviços, após anos de contribuição, após atingir determinada idade e cumprir todos os requisitos exigidos, não interessa mais ao consumidor desvencilhar-se do contrato” (*Contratos no código*

de defesa do consumidor. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 87-88).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2005.032656-9, da comarca de Blumenau, em que é apelante Tokio Marine Brasil Seguradora S.A., e apelado Lindomar Cardoso:

ACORDAM, em Terceira Câmara de Direito Civil, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento, mantendo inalterada a decisão que julgou procedente o pleito inaugural para declarar nulas as cláusulas que possibilitam à recorrente resilir unilateralmente o contrato de seguro, determinando que referido ajuste seja renovado a contar de 21-10-2003 com a mesma cobertura que vigia, até que seja demonstrada a mudança na situação que se apresentava na época da sua contratação. Custas na forma da lei.

RELATÓRIO

Na comarca de Blumenau, Lindomar Cardoso ajuizou ação declaratória de nulidade de cláusula contratual cumulada com pedido de obrigação de fazer, reparação por danos morais e consignação em pagamento.

Asseverou que desde 28 de fevereiro de 2002 mantinha com a requerida contrato de seguro de vida e acidentes pessoais conjugados com seguro residencial, denominado de Resi-Vida.

Aduziu ser automática a renovação do contrato e que efetuou o pagamento do último período anual em três parcelas, cada qual na importância de R\$ 39,20 (trinta e nove reais e vinte centavos).

Mencionou que a ré lhe enviou uma carta informando que seu não tinha mais interesse em renovar o seguro anteriormente pactuado.

Sopesou que a requerida não poderia deixar de dar continuidade ao pacto de seguro que prevê a renovação anual de forma automática, por

serem abusivas as disposições contratuais que autorizam à companhia de seguro não mais proceder à renovação do pacto.

Pugnou, ao final, pela: a) concessão de antecipação de tutela para declarar nulas as cláusulas 9.1.1 e 20.1 do contrato de seguro e determinar que a requerida renove o contrato celebrado pelas partes, a contar de 28-2-2004, emitindo de novo certificado e carnê de pagamento; b) consignação dos valores dos prêmios mensais em conta-corrente, conforme previsto na Resolução CNSP n. 7, de 27-6-96; c) condenação da ré a reparar os danos morais causados em razão de sua negativa de renovar o ajuste.

Foi deferido o pedido de antecipação de tutela para o fim de determinar a renovação da apólice do seguro de vida e acidentes pessoais do autor com a ré, nas mesmas condições estabelecidas na apólice primitiva, com a emissão de novo certificado e bloqueto de pagamento mensal, sob pena de multa diária de R\$ 500,00 (quinhentos reais) (fl. 51).

Inconformada com a antecipação de tutela deferida, a ré interpôs agravo de instrumento (fls. 57-75), o qual foi desprovido, mantendo-se incólume o interlocutório desafiado (fls. 153-159).

Devidamente citada, a ré apresentou contestação (fls. 101-123), sustentando a regularidade do procedimento adotado, porquanto possível a resilição do contrato por qualquer das partes, conforme estipulado na cláusula n. 9.

Argumentou que as seguradoras têm de certificar constantemente a capacidade de aceitação dos riscos, sob pena de cair em insolvência. Mencionou, também, a impossibilidade legal de se renovar automaticamente o contrato de seguro por mais de uma vez, por força do art. 744 do CC/2002.

Afirmou que, não obstante o pacto ter sido celebrado quando ainda em vigor o Código Civil de 1916, referido ajuste deve respeitar o discipli-

namento dado à matéria pelo novo Código, conforme dispõe o art. 2.035 do CC/2002.

Deduziu ser incabível a condenação por danos morais, argumentando que a simples resilição contratual não é causadora de danos extrapatrimoniais, assim como a concessão de antecipação de tutela, visto que não preenchidos os requisitos legais.

Posteriormente, apresentada réplica à contestação (fls. 139-140), o Togado *a quo*, decidindo antecipadamente a lide, julgou parcialmente procedentes os pedidos para declarar nulas as cláusulas contratuais 9.1.1 e 20.1 e, conseqüentemente, confirmar a decisão interlocutória que deferiu a antecipação dos efeitos da tutela para o fim de renovar a apólice de seguro com as mesmas coberturas do pacto primitivo, com a emissão de novo certificado e carnê de pagamento mensal, tudo atualizado de conformidade com a Resolução CNSP n. 7, de 27-6-96, e repetir o procedimento de renovação, continuamente, até o momento em que o segurado solicitar o cancelamento, sobrevir o evento que ensejar o pagamento da indenização ou se comprovar efetivamente alteração na situação existente na época da pactuação inicial.

Confirmados os efeitos da tutela antecipada, foi a requerida condenada ao pagamento de honorários advocatícios em prol do procurador do autor, no montante de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), e 2/3 das custas finais, e o autor foi condenado a pagar honorários advocatícios em favor do causídico da requerida, no valor de R\$ 1.000,00 (mil reais), assim como 1/3 das custas finais.

Irresignada, a tempo e modo, a seguradora apelou (fls. 228-244), reeditando as alegações de: a) regularidade do procedimento adotado, ante a possibilidade da negativa de renovação do ajuste, conforme estipulado na cláusula n. 9; b) inexistência de nulidade das cláusulas contratuais; c) vulneração aos postulados da igualdade e da livre iniciativa; d) impossibilidade

de se renovar automaticamente e de modo vitalício o contrato de seguro, em face da vedação legal do art. 744 c/c o art. 2.035, ambos do CC/2002. Pleiteou, ao final, a redução dos honorários advocatícios estabelecidos em favor do procurador da requerida, sugerindo seja referida verba fixada em um salário mínimo, em razão do diminuto valor dado à causa.

Oferecidas as contra-razões (fls. 268-287), ascenderam os autos a este egrégio Tribunal de Justiça.

VOTO

Preenchidos os pressupostos extrínsecos e intrínsecos de admissibilidade, passa-se à análise do mérito recursal observando-se a ordem de prejudicialidade das matérias debatidas.

A controvérsia circunscreve-se à viabilidade ou não de se compelir a companhia de seguro a renovar apólice. É imperioso ressaltar, de pronto, que o desprovinimento do reclamo é medida de rigor.

De início, destaca-se que o negócio jurídico firmado pelas partes (contrato de seguro) afigura-se como relação de consumo, nos termos do art. 3º, § 2º, do CDC, e deve ser analisado à luz da legislação consumerista.

Acerca do tema, menciona-se precedente desta Corte:

Os contratos de seguro são regidos pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC), a teor do que dispõe o art. 3º, § 2º, daquele mesmo diploma, com menção expressa aos serviços de natureza securitária (Ap. Cív. n. 2002.011363-3, rel. Des. Monteiro Rocha).

Fixada referida premissa, verifica-se que as partes celebraram contrato de seguro de vida e acidentes pessoais conjugados com seguro residencial, denominado Resi-Vida, na data de 31 de outubro de 2000, com validade por um ano, o qual foi renovado automaticamente por duas vezes, constando como término da vigência da última renovação o dia 21-10-2003, conforme se constata dos certificados anexados (fls. 26-28).

Vislumbra-se, ainda, que, antes do término da vigência do pacto, a seguradora, conforme o disposto na cláusula 9.1.1, das condições gerais do Seguro de Vida, bem como 20.1, das condições gerais de acidentes pessoais (fl. 29), notificou o autor de seu desinteresse em renovar o contrato de seguro anteriormente pactuado (fl. 31), oferecendo nova proposta.

Inconformado com a negativa de renovação, o autor ajuizou a presente demanda visando compelir a seguradora a proceder à renovação do ajuste, sob o argumento de que a nova proposta apresentada pela ré, além de haver aumentado o preço do prêmio mensal para R\$ 86,47 (oitenta e seis reais e quarenta e sete centavos), diminuiu drasticamente as coberturas, tanto com relação ao capital segurado quanto ao âmbito de abrangência das indenizações.

Como já destacado, o *decisum* desafiado que determinou a renovação da apólice de seguro deve permanecer inalterado, uma vez que as cláusulas 9.1.1 e 20.1, que autorizam à companhia de seguro resilir imotivada e unilateralmente o contrato desde que notificada a outra parte 30 (trinta) dias antes do término do prazo de vigência da apólice, afiguram-se abusivas ante as disposições do Código de Defesa do Consumidor, mais especificadamente os dispositivos contidos nos arts. 4º, III, 47, 51, IV, IX, X e XI, bem como por haverem vulnerado o princípio da boa-fé inculpido nos arts. 113, 422 e 765 do CC/2002.

Dispõem as cláusulas 9.1.1 e 20.1 do pacto em análise:

9.1.1. – A apólice ficará automaticamente renovada ao fim de cada ano de vigência caso não haja expressa desistência da Seguradora ou do estipulante até 30 (trinta) dias antes de seu vencimento.

[...]

20.1. -- A renovação não se aplica aos seguros de prazos inferiores a 1 (um) ano, caso em que a renovação é feita mediante apresentação de nova proposta.

Com efeito, constata-se que referidas disposições contratuais geram uma vantagem exagerada à companhia de seguro em detrimento do consumidor aderente, o qual possui sérias e fundadas expectativas de que ao referido vínculo contratual seja dada continuidade desde que não haja abrupta mudança na realidade fática, ou seja, nos riscos apresentados por ocasião da celebração do ajuste.

Isso porque, em se tratando o pacto de seguro de modalidade de “contrato cativo de longa duração”, é exigida do fornecedor uma conduta contratual que observe o postulado da boa-fé objetiva, de modo que não frustre as expectativas de segurança do consumidor que por anos vem pagando mensalmente suas contribuições confiando na manutenção do ajuste.

Em relação aos contratos cativos de longa duração, leciona Cláudia Lima Marques com proficiência:

Trata-se de uma série de novos contratos ou relações contratuais que utilizam os métodos de contratação de massa (através de contratos de adesão ou de condições gerais dos contratos), para fornecer serviços especiais no mercado, criando relações jurídicas complexas de longa duração, envolvendo uma cadeia de fornecedores organizados entre si e com uma característica determinante: a posição de “catividade” ou “dependência” dos clientes, consumidores.

Esta posição de dependência ou, como aqui estamos denominando, de “catividade”, só pode ser entendida no exame do contexto das relações atuais, onde determinados serviços prestados no mercado asseguram (ou prometem) ao consumidor e sua família *status*, “segurança”, “crédito renovado” [...].

Os exemplos principais destes contratos cativos de longa duração são as novas relações banco-cliente, os contratos de seguro-saúde e de assistência médico-hospitalar, os contratos de previdência privada, os contratos de uso de cartão de crédito, os seguros em geral [...].

O novo aqui não é a espécie de contrato (seguro, por exemplo), mas a sua relevância no contexto atual, a sociedade de consumo atual beneficia e fomenta estes serviços, considerados, então, socialmente

essenciais, a necessitar uma nova disciplina (*Contratos no código de defesa do consumidor*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 79-80).

Nesse norte, constatando-se que o pacto de seguro (“contrato cativo de longa duração”) está subordinado aos ditames da legislação consumerista e verificando-se que a parte mais fraca encontra-se em posição de clara dependência das instruções/exigências estipuladas pelo pólo mais forte, mostra-se estreme de dúvidas a “catividade”, a subordinação, a que se sujeita o consumidor.

Ainda sobre a disciplina da mencionada tipologia contratual, escreve Cláudia Lima Marques:

Tratam-se de serviços que prometem segurança e qualidade, serviços cuja prestação se protraí no tempo, de trato sucessivo, com uma fase de execução contratual longa e descontínua, de fazer e não fazer, de informar e não prejudicar, de prometer e cumprir, de manter sempre o vínculo contratual e o usuário cativo. [...] O contrato é de longa duração, de execução sucessiva e protraída, trazendo em si expectativas outras que os contratos de execução imediata. Estes contratos baseiam-se mais na confiança, no convívio reiterado, na manutenção do potencial econômico e da qualidade dos serviços, pois trazem implícita a expectativa de mudança das condições sociais, econômicas e legais na sociedade nestes vários anos de relação contratual. A satisfação da finalidade perseguida pelo consumidor (por exemplo, futura assistência médica para si e sua família) depende da continuação da relação jurídica fonte de obrigações. A capacidade de adaptação, de cooperação entre contratantes, de continuação da relação contratual é aqui essencial, básica. [...]

O objeto principal destes contratos muitas vezes é um evento futuro, certo ou incerto, é a transferência (onerosa e contratual) de riscos referentes a futura necessidade, por exemplo, de assistência médica ou hospitalar, pensão para a viúva, formação escolar para os filhos do falecido, crédito imediato para consumo. Para atingir o objetivo contratual os consumidores manterão relações de convivência e dependência com os fornecedores desses serviços por anos, pagando mensalmente suas contribuições, seguindo as instruções (por vezes,

exigentes, burocráticas e mais impeditivas do que) regulamentadoras dos fornecedores, usufruindo ou não dos serviços, a depender da ocorrência ou não do evento contratualmente previsto.

Nestes contratos de trato sucessivo a relação é movida pela busca de uma segurança, pela busca de uma futura prestação, *status* ou de determinada qualidade nos serviços, o que reduz o consumidor a uma posição de “cativo”-cliente do fornecedor e de seu grupo de colaboradores ou agentes econômicos. Após anos de convivência, da atuação da publicidade massiva identificando o *status* de segurado, de cliente ou de conveniado a determinada segurança para o futuro, de determinada qualidade de serviços, após anos de contribuição, após atingir determinada idade e cumprir todos os requisitos exigidos, não interessa mais ao consumidor desvincilhar-se do contrato (op. cit., p. 87-88).

Assim, sopesando os argumentos doutrinários acima destacados, impende concluir que a conduta contratual a ser adotada pelos fornecedores em negócios jurídicos de trato sucessivo, aos quais o consumidor adere na posição de cativo-cliente, como, por exemplo, os contratos de seguro, deve respeitar o postulado da boa-fé objetiva, este que, por sua vez, impõe a observância dos deveres anexos de lealdade, confiança e assistência, dentre outros, visando, desse modo, uma perfeita satisfação das necessidades/interesses diretamente relacionados à obrigação encetada pelas partes.

Ademais, cumpre ressaltar que o princípio da boa-fé objetiva também tem como função delimitar o exercício de direitos subjetivos, vedando a prática de abusos.

Nesse norte, não há deixar de repelir a validade das disposições contratuais que possibilitam à parte hiperssuficiente resilir unilateralmente os contratos de seguro de vida ou de acidentes pessoais quando não mais interessá-lhe manter o vínculo obrigacional.

Isso porque, muito embora referida disposição contratual possibilite a ambas as partes extinguir a relação negocial, aparentando possuir legalidade/legitimidade, todavia, encontra-se camuflada em dispositivos

dessa natureza a abusividade inerente às cláusulas leoninas, porquanto permitem ao fornecedor alterar o preço do serviço ou produto oferecido no mercado de consumo, ou modificar o próprio conteúdo, de maneira unilateral, sem que tenha ocorrido alteração ou quebra da base objetiva do negócio jurídico.

Isso comumente se verifica quando a seguradora, antes do término do prazo de vigência da apólice, lança mão da cláusula que faculta a rescisão unilateral e imotivada, dando ciência ao segurado de seu desinteresse em manter a contratação nos termos em que pactuada, e, no mesmo ato, apresenta nova proposta, em que o valor das indenizações assim como das coberturas é drasticamente reduzido e o montante do prêmio mensal, por sua vez, é majorado, sem apontar objetivamente os fatores que agravaram os riscos assumidos, afigurando-se ilegítima e desarrazoada a modificação imposta.

Assim, o simples fato de se possibilitar ao consumidor resilir unilateralmente o contrato não o iguala à companhia de seguro, uma vez que não lhe será possível tomar as mesmas medidas que a seguradora empreendeu, pois o simples hipossuficiente não poderá notificá-la e estabelecer a renovação do contrato, nas mesmas ou melhores condições, mediante o pagamento de prêmio mensal inferior.

Na abalizada lição de Cláudia Lima Marques, essa disparidade ocorre porque os contratos cativos de longa duração

tratam-se de serviços que no contexto da vida moderna, de grande insegurança, e de indução através de publicidade massiva à necessidade de acumulação de bens materiais e imateriais (o chamado “poder da necessidade” e a “sedução das novas necessidades”), vinculam o consumidor de tal forma que, ao longo dos anos de duração da relação contratual complexa, torna-se este cliente-cativo daquele fornecedor ou cadeia de fornecedores, tornando-se dependente mesmo da manutenção daquela relação contratual ou verá frustradas todas suas expectativas. Em outras palavras, para manter o vínculo

com o fornecedor aceitará facilmente qualquer nova imposição por este desejada.

Esta fática submissão garante um “poder de imposição” em grau mais elevado do que o conhecido na pré-elaboração dos instrumentos contratuais massificados, pois aqui o poder se renova constantemente durante a obrigação de longa duração, permitindo inclusive modificações formalmente “bilaterais” do conteúdo da obrigação e do preço, pois contam com a teórica “aceitação” do co-contratante mais vulnerável. Tal novo poder reflete-se nas cláusulas do contrato massificado e em suas futuras modificações e permite mesmo que o fornecedor libere-se do vínculo contratual, sempre que este não lhe seja mais favorável ou interessante (op. cit., p. 90).

Dessa forma, evidenciada a posição de cativo-cliente assumida pelo consumidor, é flagrante a abusividade/ilegalidade da cláusula que autoriza ao proponente resilir unilateralmente a apólice de seguro, sem haver ocorrido a alteração da base objetiva do negócio jurídico, ou seja, quando ausente a demonstração de modo objetivo de fatores que agravaram os riscos a serem assumidos, conforme exegese dos arts. 4º, III, 47, 51, IV, IX, X e XI, todos do CDC, e arts. 113, 422 e 765 do CC/2002.

Ademais, como reforço argumentativo, observa-se que é da própria natureza possuírem os contratos de seguro longa duração, execução sucessiva e protraída, fato este facilmente constatado na previsão contratual que viabiliza a renovação automática do ajuste.

No concernente ao *thema iudicandum*, o Superior Tribunal de Justiça, em voto da lavra do eminente Ministro Teori Albino Zavascki, destacou que a negativa imotivada de renovação da apólice de seguro pela seguradora não dá azo à aplicação de penalidades administrativas arroladas na Lei n. 2.181/97. Todavia, ressaltou que a utilização da teoria dos contratos cativos de longa duração

que encontra fundamento em abalizados entendimentos doutrinários de Direito do Consumidor (como por exemplo, na Teoria dos Contratos Cativos de Longa Duração, exposta por Cláudia Lima

Marques na sua obra *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, Editora RT) – pudesse ser utilizada para justificar ação judicial com o propósito de rever as relações contratuais relativas ao contrato de Seguro [...] (RMS n. 19.510/GO, j. em 20-6-2006).

Acerca do tema em enfrentamento, este egrégio Tribunal de Justiça já teve oportunidade de se manifestar:

DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE CLÁUSULA CONTRATUAL COM CONSTITUIÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM DANOS MORAIS E CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO — CONTRATO DE SEGURO DE VIDA E ACIDENTES PESSOAIS — PEDIDO DE RENOVAÇÃO PERPÉTUA DO PACTO — CLÁUSULA DISPONDO À SEGURADORA A FACULDADE DE DENUNCIAR O CONTRATO — NOTIFICAÇÃO PRÉVIA EFETIVADA — DISPOSIÇÃO CONTRATUAL INVÁLIDA DE ACORDO COM O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR [...] (Ap. Cív. n. 2005.033795-7, de Blumenau, rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, j. 13-12-2005).

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE CLÁUSULA CONTRATUAL C/C CONSTITUIÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER, REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS E CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO — CONTRATO DE SEGURO DE VIDA E ACIDENTES PESSOAIS, CONJUGADO COM SEGURO RESIDENCIAL – RESCISÃO DO PACTO POR PARTE DA SEGURADORA, AO ARGUMENTO DE QUE NÃO POSSUI MAIS INTERESSE NA SUA RENOVAÇÃO — CLÁUSULAS DE DEFESA DO CONSUMIDOR – DEVER DE RENOVAÇÃO DO SEGURO ATÉ QUE SE DEMONSTRE MUDANÇA NA SITUAÇÃO FÁTICA QUE SE APRESENTAVA QUANDO DA SUA CONTRATAÇÃO – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO (Ap. Cív. n. 2005.039438-0, rel. Des. Subst. Sérgio Izidoro Heil, j. em 13-1-2006).

Nesse mesmo sentido, por unanimidade, o Grupo de Câmaras de Direito Civil, no julgamento dos Embargos Infringentes n. 2006.023629-4, da Capital, da relatoria do Des. Mazoni Ferreira (acórdão pendente de pu-

blicação), na sessão realizada no dia 8-11-2006, determinou à seguradora manter o contrato de seguro.

Essa orientação jurisprudencial, além de prevalecente no âmbito do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, tem o beneplácito da jurisprudência pátria, se não vejamos:

DECLARATÓRIA. NÃO RENOVAÇÃO DE CONTRATO DE SEGURO. CANCELAMENTO UNILATERAL. IMPOSSIBILIDADE. NULIDADE DO ATO. [...]

As seguradoras não podem deixar de renovar os contratos firmados com seus clientes a fim de conseguir maiores vantagens pela migração dos antigos beneficiários a novos planos, mais lucrativos, cabendo à seguradora assumir os riscos de seu empreendimento (TJMG, Ap. Cív. n. 2.0000.00.484033-7/000, da comarca de Belo Horizonte, rel. Des. Pedro Bernardes, j. em 14-2-2006).

E mais:

AÇÃO DECLARATÓRIA OBJETIVANDO A RENOVAÇÃO DE CONTRATO DE SEGURO DE VIDA. CLÁUSULA QUE PERMITE A DENÚNCIA UNILATERAL DO CONTRATO. IMPOSSIBILIDADE. MOTIVAÇÃO DE ORDEM ECONÔMICA EM PREJUÍZO DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. 1. A liberdade de contratar tem de cumprir sua função social, tão ou mais importante do que o aspecto econômico do contrato. Assim sendo, os fins econômico-sociais do contrato são diretrizes para a aferição de sua existência, validade e eficácia. Sendo a função social cláusula geral, caberá ao juiz conotar o seu significado com os valores jurídicos, sociais, econômicos e morais do contrato. 2. Por conseguinte, não pode uma pessoa de idade ser privada da manutenção do vínculo contratual de seguro de vida, sob a alegação de que não convém financeiramente à seguradora manter o contrato, o que acarretaria à segurada frustração de sua expectativa de segurar a própria vida, prejuízo irreparável, pois talvez não possa contratar outro seguro de vida, caso não disponha mais de saúde integral (TJPR, Ap. Cív. n. 0263725-6, de Pato Branco, rel. Des. Wilde de Lima Pugliese, j. em 10-9-2004).

SEGURO – Vida e acidentes pessoais – Apólice em grupo – Prazo de vigência vencido – Renovação – Recusa da seguradora – Alteração da equação de riscos não alegada – Manutenção da liminar concedida – Continuidade do seguro até o sopesamento dos riscos assegurada – Recurso improvido (TJSP, Agravo de Instrumento n. 917.353-0/6 de Taubaté, rel. Des. Arantes Theodoro, j. em 2-2-06).

APELAÇÃO CÍVEL. SEGURO DE VIDA EM GRUPO. NÃO RENOVAÇÃO IMOTIVADA DO CONTRATO. CLÁUSULA CONTRATUAL ABUSIVA. 1. É ônus da seguradora informar adequadamente os seus segurados a respeito das cláusulas que regem o contrato entabulado entre as partes. Não cumprida essa obrigação, os referidos dispositivos contratuais não obrigarão o consumidor. Inteligência do art. 46, do Código de Defesa do Consumidor. 2. Mostra-se abusiva, por contrária aos princípios da legislação consumerista, a cláusula que autoriza pura e simplesmente, à seguradora, a não renovar o contrato de seguro, imotivadamente, ao final de sua vigência. Ato que põe em risco a segurança das relações jurídicas. APELO PROVIDO (TJRS, Ap. Cív. n. 70009542226, rel. Des. Artur Arnildo Ludwig, j. em 13-4-2005).

Desse modo, e tendo em consideração as razões apontadas, deve ser mantido incólume o *decisum* desafiado que condenou a seguradora recorrente a manter o contrato de seguro celebrado entre as partes até que seja demonstrada a mudança na situação que se apresentava na época da sua contratação.

À vista do exposto, o voto é no sentido de conhecer do recurso e negar-lhe provimento, mantendo inalterada a decisão que julgou procedente o pleito inaugural para declarar nulas as cláusulas que possibilitam à recorrente resilir unilateralmente o contrato de seguro, e determinar que referido ajuste seja renovado a contar de 21-10-2003 com a mesma cobertura que vigia, até que seja demonstrada a mudança na situação que se apresentava na época de sua contratação.

DECISÃO

Nos termos do voto da Relatora, decide a Câmara, por unanimidade, conhecer do recurso e negar-lhe provimento, mantendo inalterada a decisão que julgou procedente o pleito inaugural para declarar nulas as cláusulas que possibilitam à recorrente resilir unilateralmente o contrato de seguro, e determinar que referido ajuste seja renovado a contar de 21-10-2003 com a mesma cobertura que vigia, até que seja demonstrada a mudança na situação que se apresentava na sua contratação.

Participou do julgamento o Exmo. Sr. Des. Marcus Túlio Sartorato.

Florianópolis, 21 de novembro de 2006.

Fernando Carioni
PRESIDENTE, COM VOTO

Salete Silva Sommariva
RELATORA

Apelação Cível n. 2005.019146-1, de Joinville

Relator: Des. Subst. Sérgio Izidoro Heil

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – PLANO DE SAÚDE – UNIMED – RELAÇÃO DE CONSUMO – INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – TRANSPLANTE DE MEDULA ÓSSEA – PROCEDIMENTO COMPOSTO POR PUNÇÃO E TRANSFUSÃO, QUE NÃO PODE SER CONSIDERADO TÉCNICAMENTE UM TRANSPLANTE – MÉTODO CLASSIFICADO COMO TRATAMENTO – HERMENÊUTICA FUNDADA NA LEI N. 8.078/90 – NEGATIVA DO PLANO DE SAÚDE – DESPESA PAGA PELO CONSUMIDOR – PLANO COM COBERTURA HOSPITALAR – OBRIGATORIEDADE DE COBERTURA DE TRANSPLANTES – INTELIGÊNCIA DO ART. 10 DA LEI N. 9.656/98 E DA RESOLUÇÃO N. 12 DA CONSU (CONSELHO DE SAÚDE SUPLEMENTAR) – INTERPRETAÇÃO MAIS FAVORÁVEL AO CONSUMIDOR – INTELIGÊNCIA DO ART. 47 DO CDC – REEMBOLSO DEVIDO – SENTENÇA REFORMADA – RECURSO PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2005.019146-1, da comarca de Joinville (1ª Vara Cível), em que é apelante Zita Carlota May Feurschuette e apelada Unimed de Joinville:

ACORDAM, em Terceira Câmara de Direito Civil, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe provimento. Custas na forma da lei.

RELATÓRIO

Zita Carlota May Feurschuette interpôs recurso de apelação da sentença proferida nos autos da ação de cobrança aforada contra Unimed de Joinville, que julgou improcedente o pedido e a condenou ao pagamento de custas e honorários advocatícios.

Aduziu a apelante, em estreita síntese que, o segurado jamais teve acesso ao termo aditivo de contrato juntado às fls. 15-27; o segurado (*de cujus*) somente firmou a proposta de adesão de fl. 35, na qual não há nenhuma previsão de exclusão do tratamento em questão; a ausência de cláusula prevendo a exclusão do referido tratamento é que levou o segurado a assinar a proposta de adesão, migrando do plano básico para o plano especial; o contrato original não exclui expressamente o transplante de medula óssea; da alteração contratual não foi dada ciência aos beneficiários; é plenamente admissível a incidência do Código de Defesa do Consumidor. Requereu finalmente a reforma da sentença com a inversão dos ônus da sucumbência (fls. 189-190).

Contra-razões às fls. 209-218, requerendo a manutenção do *decisum*.

VOTO

Zita Carlota May Feurschuetter, irresignada com a sentença proferida nos autos da ação de cobrança que aforou contra Unimed de Joinville Cooperativa Médica, interpôs o presente recurso de apelação, postulando a reforma da decisão objurgada.

O contrato com a Unimed foi firmado por Crea/SC, Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia de Santa Catarina, em 7-11-94 (fls. 136-148) e a proposta de adesão ao referido plano foi assinada por Nilton Francalacci Bittencourt Filho em 1º-9-98 (fl. 35).

O aderente do contrato, Nilton, foi acometido de doença que afetou células do sangue – leucemia linfocítica crônica – e, mesmo após o tratamento indicado – *transplante de medula óssea alogênico* –, veio a falecer.

Todos esses fatos são incontroversos.

A apelante alega que a apelada descumpriu o contrato de prestação de serviços médicos ao não autorizar o procedimento de fl. 75, e que o aderente, esposo da apelante, arcou com o ônus de todo o procedimento.

Fundamenta o recurso no fato de que o contrato entabulado não excluía referido procedimento, o que só ocorreu com o *aditivo contratual* do qual nem sequer tiveram ciência à época.

A apelada, por sua vez, aduziu que o contrato de prestação de serviços entabulado não prevê a cobertura de transplante de medula óssea alogênico (cláusula 7.1, alínea K, fl. 142), de modo que não se poderia exigir cobertura a procedimento expressamente excluído.

Em princípio, cumpre salientar que a relação negocial/contratual das partes é regida pelo Código de Defesa do Consumidor, matéria pacificada tanto na doutrina quanto na jurisprudência e sobre a qual não dissentem as partes.

O contrato para prestação de serviços médicos ou, apenas, “plano de saúde”, forma como é comumente chamado, é de *adesão*, impedido o consumidor, portanto, de alterar significativamente o conteúdo. Referido contrato é assim definido pelo Código de Defesa do Consumidor:

Art. 54. Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.

In casu, salienta-se também, em que pese o reflexo econômico da demanda, tratar-se de ação que apresenta a busca da tutela do direito à saúde, de um lado, e, de outro, a negativa em prestar a assistência, por obediência a cláusulas contratuais.

Nesse diapasão, os direitos trazidos à baila e que aguardam deste Sodalício a efetivação são de ordens distintas, mas não antagônicas, por-

quanto ambos são tutelados pela Constituição Federal – tanto patrimônio, quanto saúde.

Contudo, em sendo a pedra basilar da Carta da República a dignidade da pessoa humana, sobre referidos direitos (interesses legalmente tutelados), no caso concreto, encontrará sempre aquele a quem foi dada a missão de julgar nuanças e matizes que, se não determinam, ao menos delimitam a senda que deve trilhar o julgador para que sejam efetivados uns e aliados outros direitos, sempre no caso concreto, em determinado momento e contexto.

Socorre-nos nas razões de decidir também o princípio da boa-fé, ditado pelo Código de Defesa do Consumidor, insculpido no art. 4º, inciso III:

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

[...]

III — harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170 da Constituição Federal), sempre com *base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores* (grifo nosso).

Nesse passo, é oportuna a lição dada por Nelson Nery Júnior acerca do tema:

Não é demais lembrar que as relações de consumo são informadas pelo princípio da boa-fé (art. 4º, *caput* e inc. III, CDC), de sorte que toda cláusula que infringir esse princípio é considerada, *ex lege*, como abusiva. Dissemos *ex vi legis*, porque o art. 51, nº XV, do CDC diz serem abusivas as cláusulas que “estejam em desacordo com o

sistema de proteção ao consumidor” sistema no qual se insere o princípio da boa-fé por expressa disposição do já mencionado art. 4º, *caput* e inc. III, do CDC. *Há no sistema contratual do CDC, por conseguinte, a obrigatoriedade da adoção pelas partes de uma cláusula geral de boa-fé, que se reputa existente em todo e qualquer contrato que verse sobre relação de consumo, mesmo que não inserida expressamente nos instrumentos contratuais respectivos” (grifo nosso) (Código brasileiro de defesa do consumidor comentado. 7. ed. Forense Universitária. p. 464).*

Daí extrai-se a lição de que, de maneira geral, nos contratos que envolvam relação de consumo, o princípio da boa-fé deve ser o norteador da relação consumerista e carro-chefe dos princípios aplicáveis aos contratos de consumo.

Nessa senda, o princípio insculpido no art. 47 do Código de Defesa do Consumidor também confere proteção efetiva ao consumidor. *Verbis:*

Art. 47 — As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor (grifei).

Estabelecido o mote da presente decisão, passa-se ao exame da *quaestio*.

Inferre-se que a doença que acometeu o *de cuius*, “leucemia linfocítica crônica”, é um tipo de câncer.

Sobre a doença cumpre anotar:

Leucemia são cânceres das células do sangue. As células cancerosas podem acometer toda a medula óssea, chegando ao ponto de impedir a produção de células normais do sangue (falência medular), o que levaria a quadros variáveis de sangramento, infecção e anemia (www.sbcancer.org.br).

E ainda:

Tradicionalmente distinguem-se dois tipos de leucemia: aguda e crônica. [...] As leucemias podem ser classificadas também conforme o tipo de leucócitos afetados. Por exemplo, a leucemia linfocítica crônica (LLC) é um câncer que afeta sobretudo as células B (leucó-

citos que produzem anticorpos para o combate de enfermidades) e as vezes células T (responsáveis por atacar as células doentes e pelo equilíbrio do sistema imunológico). Outros tipos de leucemia são: leucemia mielóide crônica ou aguda, leucemia granulocítica crônica, leucemia prolinfocítica e outras (www.schering.com.br).

Acerca do tratamento proposto (transplante), é mister trazer à baila o seguinte:

Transplante: transferência efetuada mediante técnicas e cuidados especiais variáveis segundo o caso, de órgão, ou de parte de órgão, de um para outro local de um mesmo indivíduo, ou de indivíduo, vivo ou morto, para outro indivíduo (Dicionário Aurélio Eletrônico Século XXI).

O transplante de medula óssea

é um tipo de tratamento proposto para algumas doenças malignas que afetam as células do sangue. Ele consiste na substituição de uma medula óssea doente, ou deficitária, por células normais de medula óssea, com o objetivo de reconstituição de uma nova medula. O transplante pode ser *autogênico*, quando a medula ou as células precursoras de medula óssea provêm do próprio indivíduo transplantado (receptor). Ele é dito *allogênico*¹, quando a medula ou as células provêm de um outro indivíduo (doador) (www.inca.gov.br).

Salienta-se também o procedimento do “transplante”:

Para o doador:

Antes da doação, o doador faz um exame clínico para confirmar o seu bom estado de saúde. Não há exigência quanto à mudança de hábitos de vida, trabalho ou alimentação. *A doação é feita por meio de uma pequena cirurgia, de aproximadamente 90 minutos, em que são realizadas múltiplas punções², com agulhas, nos ossos posteriores da bacia e é aspirada a medula.* Retira-se um volume de medula do doador de, no máximo, 10%! (www.inca.gov.br).

1 Procedimento não autorizado pela Unimed.

2 Operação que consiste em praticar abertura, por meio de instrumento apropriado (agulha, trocarte, etc.), em cavidade cheia de líquido ou de matéria purulenta, em veia, em órgão maciço (como o fígado, o baço), etc. (Dicionário Aurélio Eletrônico).

Para o paciente:

Depois de se submeter a um tratamento que destrói a própria medula, *o paciente recebe a medula sadia como se fosse uma transfusão de sangue*. Essa nova medula é rica em células chamadas progenitoras, que, uma vez na corrente sanguínea, circulam e vão se alojar na medula óssea, onde se desenvolvem. Durante o período em que estas células ainda não são capazes de produzir glóbulos brancos, vermelhos e plaquetas em quantidade suficiente para manter as taxas dentro da normalidade, o paciente fica mais exposto a episódios infecciosos e hemorragias. Por isso deve ser mantido internado no hospital, em regime de isolamento (www.inca.gov.br).

A apelante alega que o procedimento requisitado pelo médico que assistia ao *de cujus* tinha cobertura contratual, ao passo que a apelada nega a cobertura do procedimento. Ambos se valem dos contratos acostados aos autos às fls. 136-148 e 149-161.

No ano de 1998, foi editada norma que veio a regulamentar os Planos de Saúde do País – Lei n. 9.656/98.

Referida situação está assim regulada pela Lei n. 9.656/98:

Art. 35. Aplicam-se as disposições desta Lei a todos os contratos celebrados a partir de sua vigência, *assegurada aos consumidores com contratos anteriores*, bem como àqueles com contratos celebrados entre 2 de setembro de 1998 e 1º de janeiro de 1999, a possibilidade de *optar* pela adaptação ao sistema previsto nesta Lei.

[...]

§ 5º *A manutenção dos contratos originais pelos consumidores não-optantes tem caráter personalíssimo, devendo ser garantida somente ao titular e a seus dependentes já inscritos, permitida inclusão apenas de novo cônjuge e filhos*, e vedada a transferência da sua titularidade, sob qualquer pretexto, a terceiros.

§ 6º *Os produtos de que tratam o inciso I e o §1º do art. 1º desta Lei, contratados até 1º de janeiro de 1999, deverão permanecer em operação, por tempo indeterminado, apenas para os consumidores que não optarem pela adaptação às novas regras, sendo considerados extintos para fim de comercialização* (grifo nosso).

Do cotejo do disposto no artigo 10 da Lei n. 9.656/98 com o disposto na *Resolução Consu (Conselho Superior de Saúde Suplementar)* n. 12, da Agência Nacional da Saúde, de 4-11-98, que “*Dispõe sobre a cobertura de transplantes e seus procedimentos por parte das operadoras de planos e seguros privados de assistência à saúde*”, há de se retirar a seguinte conclusão: *a Lei n. 9.656/98 faz exclusão dos “transplantes” apenas quando trata do plano de referência.*

Nos demais planos, desde que sejam planos que tenham *segmento hospitalar*, obrigatória é a cobertura dos transplantes, desde que indicado pelo médico como forma de tratamento de doença, consoante dispõe o art. 35-F da Lei n. 9.656/98.

Referido *plano hospitalar* teve regulamentação na Resolução n. 10 da Consu e assim dispõe, *verbis*:

Art. 3º As operadoras de planos e seguros privados de assistência à saúde poderão, além do plano-referência, oferecer alternativamente os planos ou seguro Ambulatorial, Hospitalar com Obstetrícia, Hospitalar sem Obstetrícia, Plano Odontológico e suas combinações.

Art. 5º O *Plano Hospitalar*, compreende os atendimentos em unidade hospitalar definidos na Lei n. 9.656/98, incluindo atendimentos ambulatoriais para fins de diagnóstico, terapia ou recuperação, ressalvado o disposto no inciso II deste artigo e os atendimentos caracterizados como de urgência e emergência, conforme Resolução específica da Consu sobre urgência e emergência, observadas as seguintes exigências:

I cobertura de cirurgias odontológicas buco-maxilo-facial que necessitem de ambiente hospitalar;

II cobertura para os seguintes procedimentos considerados especiais cuja necessidade esteja relacionada a continuidade da assistência prestada a nível de internação hospitalar:

- a) hemodiálise e diálise peritonial – CAPD;
- b) quimioterapia;

- c) radioterapia incluindo radiomoldagem, radioimplante e braquiterapia;
- d) hemoterapia;
- e) nutrição parenteral ou enteral;
- f) procedimentos diagnósticos e terapêuticos em hemodinâmica;
- g) embolizações e radiologia intervencionista;
- h) exames pré-anestésicos ou pré-cirúrgicos;
- i) fisioterapia;
- j) acompanhamento clínico no pós-operatório imediato e tardio dos pacientes submetidos a transplante de rim e córnea, exceto medicação de manutenção.

Parágrafo Único *Para fins de aplicação do art. 10 da Lei 9.656/98, consideram excluídos:*

- a) tratamentos em clínicas de emagrecimento (exceto para tratamentos da obesidade mórbida), clínicas de repouso, estâncias hidrominerais, clínicas para colhimento de idosos e internações que não necessitem de cuidados médicos em ambiente hospitalar;
- b) *transplantes à exceção de córnea e rim;*
- c) consultas ambulatoriais e domiciliares;
- d) atendimento pré-natal quando não incluir a cobertura obstétrica (grifo nosso).

O art. 35-F, da mesma Lei n. 9.656/98, faz alusão ao artigo 1º (da mesma lei) dando o real alcance do termo “assistência”, a que está obrigada a operadora de plano de saúde:

Art. 35-F A assistência a que alude o art. 1º desta Lei *compreende todas as ações necessárias à prevenção da doença e à recuperação, manutenção e reabilitação da saúde*, observados os termos desta Lei e do contrato firmado entre as partes (grifo nosso).

Referida conclusão também é aquela que se extrai da leitura da obra “Lei dos Planos e Seguros de Saúde – comentada artigo por artigo – doutrina e jurisprudência”:

A leitura atenta da motivação da Resolução Consu 12, afirmando que “Dispõe sobre a cobertura de transplante e seus procedimentos por parte das operadoras de planos e seguros privados de assistência à saúde”, do seu art. 1º, *supra*, e do art. 3º, *deixará bem claro que ela se refere também a outras espécies de transplantes, que não aqueles de cobertura obrigatória para os planos e seguros de referência em suas versões que incluam cobertura hospitalar.*

Para todos os planos e seguros, a não ser os planos e seguros de referência, a cobertura é completa, sem exclusão dos casos em que a recomendação médica seja o transplante. Anote-se que a cobertura é apenas a hospitalar para a realização do tratamento, desde que seja recomendado ou o único capaz de atender ao disposto no art. 35-F, de vez que não há custos para a captação do órgão a ser transplantado (BOTTE-SINI, Maury Ângelo; MACHADO, Mauro Conti. 2. ed. Revista dos Tribunais, 2005. p. 97-98) (grifo nosso).

Prosseguem os nobres magistrados, autores da obra:

Têm pertinência, no caso deste art. 3º da Resolução Consu 12, a parêmia *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*, ou seja, *onde a lei não distingue não é dado a nós, seus intérpretes, distinguir* (grifo nosso).

A conduta contratual das empresas de planos de saúde é quase arduosa. Ora, a Lei n. 9.656/98, em obediência à Constituição Federal, regula os planos e seguros privados de assistência à saúde. Quando chegam para análise judicial, os contratos pecam por si, com cláusulas controversas, contrárias, ao pretender, como no presente caso, não autorizar procedimento que entendem excluído do plano contratado, dando às normas trazidas à baila, principalmente a Lei n. 9.656/98 e a Resolução 12 da Consu, interpretação canhestra, com o fito, sempre, de malferir o direito do consumidor, e, nos casos em que se trata de plano de saúde, na sua maioria, direito do próprio doente, que, já fragilizado pela situação débil

de seu corpo, encontra à sua frente, mesmo após contratado, um muro legal tergiversado, às suas custas, para favorecer as empresas de planos de saúde e de seguros privados de assistência à saúde.

Sobre o tema, é mister trazer excerto da bem-lançada decisão proferida em tribunal paulista:

A pessoa que procura a proteção de um plano de saúde ou de um contrato de seguro-saúde tem em mira a preservação de sua integridade física, como um todo. Por princípio, a saúde é bem indivisível. Não faz sentido lotear o corpo humano, seus aparelhos e sistemas, para proteger uns e não outros de determinadas moléstias, insuficiências ou deficiências imunológicas [...] Todo quadro patológico deve ser objeto de contrato deste jaez. Não se pode proteger a saúde a picado e a varejo, excluindo-se da cobertura estas ou aquelas moléstias, tratamentos ou intervenções cirúrgicas, como se o corpo humano pudesse ser mapeado, segundo a fria equação de um livro-caixa, a prever entradas e saídas (dever e haver), no interesse exclusivo da prestadora de serviços ou da seguradora [...] (TJSP – AC n. 83.077-4/2-00 – 9ª Câmara Direito Privado – Franciulli Neto, julgada em 21-9-1999).

Por outro lado, o contrato para prestação de serviços médicos, ou apenas “plano de saúde”, forma como é comumente chamado, é de *adesão*; *impedido o consumidor*, portanto, *de alterar significativamente o conteúdo*. Referido contrato é assim definido pelo Código de Defesa do Consumidor:

Art. 54 Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.

Destarte, em havendo previsão legal da cobertura do tratamento a que foi submetido o esposo da apelante em virtude da insidiosa doença que o acometeu, obrigada está, contratualmente, a Unimed a prestar os serviços médicos às suas expensas.

A interpretação das cláusulas, de qualquer modo, deve favorecer o consumidor (art. 47 do Codecon).

Nesse sentido, é oportuna a lição de Eduardo Gabriel Saad:

O art. 47 sob comentário é uma das conseqüências da ação do social sobre o individual.

Quer que as cláusulas contratuais sejam interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor.

Na raiz dessa norma está a convicção de que, na compra e venda, o consumidor sempre se acha inferiorizado diante do vendedor.

Como salientamos anteriormente, essa inferioridade do consumidor diante do fornecedor não é de natureza intelectual ou econômica, pois, muitas vezes a recíproca é que é verdadeira.

Fica o consumidor inferiorizado diante do fornecedor porque os fatos colocam este último em posição sempre mais favorável no tocante à qualidade do produto ou do serviço.

Assim, se obscura a cláusula de um contrato, cabe ao intérprete dar-lhe significado mais favorável ao consumidor (Comentários ao código de defesa do consumidor. 3. ed. São Paulo: LTr, 1998. p. 387) (grifo nosso).

Sobre a matéria, extrai-se da jurisprudência:

"Fica, assim, preso, cativo, não pelo contrato em si, mas por uma dependência quase fática e voluntária, no sentido de que escolheu aquele fornecedor, investiu nele, deseja poder manter-se unido a ele, assim como ele lhe ofereceu, reiteradamente, o serviço para 'capturá-lo'. Decorre que, nestes tipos de relações, cláusulas ou condições como a exemplo, de resolução, denúncia, liberação do vínculo, renovação, curto prazo, e que em outras situações não seriam abusivas, têm agora de ser analisadas e reavaliadas também à luz dessa dependência, dessa 'catividade' do consumidor em relação ao fornecedor. A liberdade contratual do fornecedor, se em outras situações seria indiscutível, passa a ser restrita nestas outras situações específicas, em função da idéia de vulnerabilidade, de dependência fática do consumidor em relação àquele fornecedor" (O consumidor e os seguros ou planos de saúde. Nelson Santiago Reis, Revista *on*

line Jus Navegandi) (Ap. Cív. n. 2002.001139-8, Lages, rel. Des. Orli Rodrigues, j. 13-5-2003).

Assim, diante da previsão contratual genérica, característica elementar dos contratos de adesão, *interpretar-se-ão as disposições contratuais em favor do consumidor*.

Nesse ínterim, Humberto Theodoro Jr. traz o seguinte ensinamento:

Um dos fatos que comprometeram o prestígio da autonomia de vontade foi a proliferação, nos últimos tempos, dos chamados “contratos de adesão”, ou seja, daqueles em que a notória superioridade econômica e jurídica de uma das partes leva à imposição de todas as cláusulas do negócio sem qualquer possibilidade de discussão pela parte mais fraca. A esta cabe somente aderir ou não aderir ao contrato, como um todo. Às vezes nem mesmo a abstenção do contratante mais fraco é possível, pela essencialidade dos serviços e bens ou pelo monopólio detido em mãos do outro contratante.

Esses inconvenientes têm sido contornados pelo dirigismo contratual, tanto no plano legislativo como no jurisprudencial.

Assim é que o ordenamento jurídico procura criar normas que ponham os serviços essenciais sob fiscalização e controle do Poder Público, cabendo-lhe a regulamentação dos serviços de interesse público. Em outros casos, a lei veda certas cláusulas leoninas ou impõe outras consideradas indispensáveis à tutela do contratante mais fraco. Citem-se, como exemplos, mais ou menos recentes, a lei de usura, a legislação sobre seguro, o Código de Defesa do Consumidor etc. Na jurisprudência, tem-se combatido os males do abuso do contrato de adesão pela adoção de critérios de hermenêutica que conduzem a interpretar todas as cláusulas dúbias segundo o entendimento mais favorável ao contraente mais fraco. Outras vezes, são simplesmente invalidadas cláusulas leoninas, por se taxar de inadmissíveis certas imposições do contraente mais forte, como as de foro de eleição, concebidas por puro capricho daquele que detém o poder de impor as regras do negócio, e que revelam o evidente propósito de inviabilizar o direito de defesa e o acesso do hipossuficiente à tutela jurisdicional (STJ – Confl. de Comp. n. 1.339 – 2ª Seção, rel. Nelson Nilson Naves, ac. 14-11-90, *in*

"LEX" 23/12) (*O contrato e seus princípios*. Rio de Janeiro: Aide, 1993. p. 33-35).

Nesse sentido, já se decidiu em casos análogos:

APELAÇÃO CÍVEL — AÇÃO ORDINÁRIA DE COBRANÇA — AQUISIÇÃO DE MARCA-PASSO E ACESSÓRIOS — PLANO DE SAÚDE — NÃO COBERTURA — DESPESAS PAGAS PELA CONSUMIDORA — CLÁUSULA CONTRATUAL GÊNÉRICA — NÃO EXISTÊNCIA DE VEDAÇÃO EXPRESSA — EXEGESE DO ART. 47 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR — COBERTURA DEVIDA — REEMBOLSO DOS VALORES DESPENDIDOS — SENTENÇA MANTIDA — RECURSO NÃO PROVIDO. *Não existindo cláusula contratual expressa referente a não cobertura de determinados procedimentos, nos contratos envolvendo relação de consumo, sua interpretação deve ser feita de maneira mais favorável ao consumidor, a teor da norma inserida no art. 47 da Lei Consumerista. Ocorrendo o desembolso de valores que deveriam ser cobertos pelo plano de saúde contratado, estes devem ser devidamente reembolsados ao consumidor, sob pena de enriquecimento ilícito por parte da prestadora de serviços médicos e hospitalares* (Ap. Cív. n. 2004.021097-3, da Capital, rel. Des. Wilson Augusto do Nascimento, j. 24-9-2004) (grifo nosso).

SEGURO — PLANO DE SAÚDE — AÇÃO DE COBRANÇA PORÉM MOVIDA PELA SEGURADA A FIM DE OBRIGAR A SEGURADORA AO PAGAMENTO DAS DESPESAS HOSPITALARES E MÉDICAS PELA INTERNAÇÃO DAQUELA — CONTRATO DO TIPO REEMBOLSO — ADMISSIBILIDADE PORÉM DO PAGAMENTO DIRETO PELA SEGURADORA PREVISTO NO CONTRATO — LEGITIMAÇÃO ATIVA — PRELIMINAR DE AUSÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL AFASTADA. Seguro coletivo — “Tétano” — Doença infecto, não contagiosa — Cláusula contratual, excluindo as despesas de tratamento de doenças infecto-contagiosas de notificação compulsória — Norma obscura ou não suficientemente clara em face ao conhecimento médio do brasileiro — Aplicação ao caso do Código de Defesa do Consumidor — Previsão contratual ademais prevendo a cobertura em razão de despesas médico-hospitalares determinadas por “urgências clínicas, consideradas como tais os casos que determinem risco de vida imediato, em fase aguda e que não possam ser

tratadas em residência” — Segurada internada sob tais condições — Ação procedente — Apelo desprovido (Ap. Cív. n. 1996.011833-0, de Pomerode, rel. Des. Alcides Aguiar, j. 18-3-1999).

ACÇÃO DE COBRANÇA — COOPERATIVA MÉDICA — PLANO DE SAÚDE — ENFARTO DO MIOCÁRDIO — NECESSIDADE DE ANGIOPLASTIA E PRÓTESE MECÂNICA — ESCUSA DA RÉ NO FORNECIMENTO, À AUTORA, DE PRÓTESE AO ARGUMENTO DE AUSÊNCIA DE COBERTURA PELO PLANO — SENTENÇA QUE JULGOU PROCEDENTE O PEDIDO EXORDIAL — APELO DA UNIMED FUNDADO NA PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA, PELO JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE E, NO MÉRITO, INAPLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E AUSÊNCIA DE COBERTURA CONTRATUAL DA PRÓTESE — SENTENÇA MANTIDA — APELO DESPROVIDO. Nos termos do art. 6º do CDC, observa-se como direito básico do consumidor a informação clara e adequada sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta da quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentam. *Colhe-se do mesmo diploma, em seu art. 46, que “os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar prévio conhecimento de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão do seu sentido e alcance”. De acordo com a inteligência do art. 51, IV, do CDC, são nulas de pleno direito as cláusulas contratuais que “estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou equidade”* (Ap. Cív. n. 2000.021537-6, da Capital, rel. Des. Anselmo Cerello, j. 17-9-2001).

Por fim, cumpre salientar que, consoante ficou demonstrado neste *decisum*, o transplante a que foi submetido o esposo da apelante, que, inclusive, veio a falecer, em que pese guardar a terminologia técnica médica de “transplante”, trata-se de procedimento que retira, com uma agulha, material de um “doador” vivo, por meio da chamada “punção”, e, ao depois, mediante transfusão, referido material é inserido na corrente sanguínea do paciente. Trata-se, destarte, de procedimento que inspira cuidados,

mas que não pode ser confundido com o procedimento de transplante de outros órgãos.

Nesse sentido, já se decidiu:

Plano de saúde – Prestação de serviços médico-hospitalares – *Transplante autólogo* – *Alegação de não cobertura* – *Inadmissibilidade* – *Tratamento reclamado pelo autor que tecnicamente não se constitui transplante, como a transferência de órgãos de um corpo para outro* – *Cobertura devida* – *Sentença confirmada* – Plano de saúde – Médico – Escolha de não credenciado – Limitação do reembolso, segundo tabelamento instituído – *Inadmissibilidade* – *Inexistência*, entre os credenciados, de facultativo especializado no tratamento – Hipótese de circunstância excepcional e ausência de previsão no ajuste – Incidência do art. 51, IV, e § 1º, III, do CDC – *Sentença confirmada* – *Indenização* – *Responsabilidade civil* – *Consumidor* – *Dano moral* – *Presunção* – *Inocorrência*, no caso – *Inversão do ônus da prova* – *Não cabimento* – *Demonstração do prejuízo moral que cabia ao autor* – *Verba não devida* – *Sentença confirmada* – *Sucumbência* – *Cominatória* – *Cumulação com indenização por dano moral* – *Improcedência desta segunda pretensão* – *Parte mínima do pedido não caracterizada* – *Decaimento do réu*, no entanto, maior que a do autor – *Responsabilidade deste por 25% e a outra parte pelos 75% restantes* – *Recurso provido para esse fim* – *Ementa oficial*: 1. Plano de Saúde – Ação cominatória – Autor que objetiva tratamento indicado por especialista como caminho de cura e salvação de sua vida – *Transplante autólogo* – *Pretendida exclusão pelo convênio* – *Tratamento consistente em retirada de células do corpo do paciente, para posterior reinfusão após a terapia necessária* – *Medida que não pode ter por caracterizada como transplante, segundo a leitura que a cláusula deve ter pela ótica do Código de Defesa do Consumidor* – 2. Escolha do médico não credenciado – *Pretendida limitação de reembolso* – *Inviabilidade ante as peculiaridades do caso, por configurada a falta de alternativa do paciente* – 3. Danos morais – *Falta de comprovação do alegado* – *Prejuízo que não se presume* – *Pleito não atendido* – 4. *Sucumbência* – *Autor que decaiu de parte do pedido que não pode ser considerada mínima* – *Divisão dos encargos segundo a proporcionalidade que se apresenta* – *Recursos parcialmente providos* – *Recurso do autor não provido* (TJSP – 4ª Câm. Dir. Privado – AC 115.230-4-SP, rel. Souza José – j. 22-2-2001 – JTJ 241/141) (grifo nosso).

Diante do exposto, voto pelo provimento do recurso, reformando a sentença para condenar a apelada ao pagamento do valor de R\$ 64.299,77 (sessenta e quatro mil duzentos e noventa e nove reais e setenta e sete centavos), acrescido de correção monetária desde o pagamento e juros de mora de 0,5% (meio por cento) ao mês até a entrada em vigor do CC/2002, quando passa a ser de 1,0 % (um por cento), nos termos do art. 406 do Código Civil de 2002. Condeno ainda a apelada ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios, estes que fixo em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação (art. 20, § 3º, do CPC).

DECISÃO

Nos termos do voto do Relator, a Câmara, por unanimidade, conheceu do recurso para dar-lhe provimento, e condenou a Unimed de Joinville ao pagamento de R\$ 64.299,77 (sessenta e quatro mil duzentos e noventa e nove reais e setenta e sete centavos), acrescidos de correção monetária desde o pagamento, e juros de mora de 0,5% (meio por cento) ao mês até a entrada em vigor do CC/2002, quando passa a ser de 1,0 % (um por cento), nos termos do art. 406 do Código Civil de 2002. Condenou ainda a apelada ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação (art. 20, § 3º, do CPC).

Participou do julgamento o Exmo. Sr. Des. Subst. Jânio de Souza Machado.

Florianópolis, 31 de outubro de 2006.

Marcus Túlio Sartorato
PRESIDENTE, COM VOTO

Sérgio Izidoro Heil
RELATOR

Apelação Cível n. 2006.042571-2, da Capital

Relator: Des. Subst. Sérgio Izidoro Heil

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA DE TAXAS DE CONDOMÍNIO – INSURGÊNCIA QUANTO AO MARCO INICIAL DA CORREÇÃO MONETÁRIA E DOS JUROS MORTUOS FIXADOS EM PRIMEIRO GRAU A PARTIR DA CITAÇÃO VÁLIDA – IMPOSSIBILIDADE DE RETROAGIR À DATA DO VENCIMENTO DE CADA TAXA INADIMPLIDA, SOB PENA DE INCORRER EM *BIS IN IDEM* – CÁLCULO CONFECIONADO PELO AUTOR E ACOLHIDO NA SENTENÇA QUE JÁ COMPUTOU OS REFERIDOS ÍNDICES DESDE O DIA DO VENCIMENTO DE CADA PARCELA – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2006.042571-2, da comarca da Capital (4ª Vara Cível), em que é apelante Condomínio Conjunto Habitacional Caminho da Praia, e apelados Kantney Kelson Pereira e outro:

ACORDAM, em Terceira Câmara de Direito Civil, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento. Custas na forma da lei.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação interposto por Condomínio Conjunto Habitacional Caminho da Praia da decisão proferida pelo douto Magistrado da comarca da Capital (4ª Vara Cível) que, nos autos da Ação de Cobrança de Taxas de Condomínio pelo rito sumário n. 023.04.000743-2, julgou procedente o feito e condenou os réus ao pagamento da quantia de R\$ 644,26 (seiscentos e quarenta e quatro reais e vinte e seis centavos), acrescida de juros e correção monetária a partir da citação válida, com base

no art. 12 da Lei n. 4.561 c/c art. 1.336, I, do CC, bem como ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, estes fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação (fls. 57-59).

Irresignado com o teor da sentença, o autor sustentou, em síntese, que ela merece ser reformada no que diz respeito aos juros de mora, uma vez que devem ser arbitrados no percentual de 1% (um por cento) a partir da verificação da inadimplência, ou seja, do não-pagamento das prestações condominiais, em respeito ao que dispõe o § 3º do art. 12 da Lei 4.591/94 e arts. 406 e 1.336, § 1º, ambos do CC; igualmente a correção monetária deverá ter como termo inicial a data dos respectivos vencimentos”. Por fim, requereu o provimento do recurso.

Preparado (fl. 67) e contra-arrazoado o recurso (fls. 90-94), os autos ascenderam a esta Corte de Justiça.

VOTO

Trata-se de apelação cível interposta pelo autor com o desiderato de ver reformada a sentença que julgou procedente a ação de cobrança que condenou os réus ao pagamento da quantia de R\$ 644,26 (seiscentos e quarenta e quatro reais e vinte e seis centavos), acrescida de juros e correção monetária a partir da citação válida.

Pretende o apelante, com o presente recurso, determinar que os juros de mora e a correção monetária tenham como marco inicial a data dos respectivos vencimentos dos títulos, conforme dispõe o § 3º do art. 12 da Lei n. 4.591/94 e arts. 406 e 1.336, § 1º, ambos do CC.

Sem razão o apelante.

Constata-se dos autos que o autor apelante interpôs a presente ação de cobrança contra os demandados pelo fato de estes estarem inadimplentes com as despesas condominiais.

Junto com a inicial, colacionou o apelante planilha de cálculo à fl. 5, a qual incluiu o valor principal de cada parcela, correção monetária e juros desde a época do vencimento de cada taxa condominial.

Dessa forma, verifica-se que corretamente arbitrou a sentença ora guerreada como marco inicial dos juros de mora e da correção monetária a data da citação válida, pois referida planilha apresentada pelo apelante e acolhida *in totum* pelo Magistrado sentenciante já computara referidos índices nos meses anteriores à citação dos réus.

Assim, o douto Juiz de primeiro grau, ao fixar o termo inicial de tais índices (correção monetária e juros moratórios) a partir da citação válida, só deu continuidade ao já pleiteado pelo autor, pois, caso contrário, constituir-se-ia em *bis in idem*.

Diante do exposto, nega-se provimento ao recurso.

DECISÃO

Nos termos do voto do Relator, a Câmara, por unanimidade, conheceu do recurso para negar-lhe provimento.

Participou do julgamento o Exmo. Sr. Des. Marcus Túlio Sartorato.

Florianópolis, 13 de fevereiro de 2007.

Fernando Carioni
PRESIDENTE COM VOTO

Sérgio Izidoro Heil
RELATOR

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

AGRAVO DE INSTRUMENTO

Agravo de Instrumento n. 2007.009146-6, da Capital

Relator: Des. Anselmo Cerello

AGRAVO DE INSTRUMENTO — AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO CUMULADA COM TUTELA ANTECIPADA — EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA — INSCRIÇÃO DO NOME DO DEVEDOR NOS ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO — POSSIBILIDADE — RECURSO PROVIDO PARCIALMENTE.

"O CDC permite a inversão do ônus da prova em favor do consumidor, sempre que for ou hipossuficiente ou verossímil sua alegação. Trata-se de aplicação do princípio constitucional da isonomia, pois o consumidor, como parte reconhecidamente mais fraca e vulnerável na relação de consumo (CDC, 4º, I), tem de ser tratado de forma diferente, a fim de que seja alcançada a igualdade real entre os partícipes da relação de consumo. O inciso comentado amolda-se perfeitamente ao princípio constitucional da isonomia, na medida em que trata desigualmente os desiguais, desigualdade essa reconhecida pela própria lei" (NERY JR., Nelson. *Código de processo civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 1.354).

"II. A orientação mais recente da E. 2ª Seção (REsp. n. 527.618/RS) não admite que a simples discussão judicial da

dívida possa obstaculizar ou remover a negativação nos bancos de dados, exceto quando efetivamente demonstrado o reflexo positivo da ação no valor devido, com amparo na jurisprudência dominante desta Corte ou do C. STF, e depositada ou caucionada a parte incontroversa, se apenas parcial o desacordo" (Processo AgRg no REsp. n. 826.216/RS; Agravo Regimental no Recurso Especial 2006/0050018-1, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, Órgão Julgador T4 — Quarta Turma, data do julgamento 20-6-2006, data da publicação/Fonte DJ 21-8-2006, p. 265).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2007.009146-6, da comarca da Capital (Unidade de Direito Bancário), em que é agravante MR Comércio e Serviços Ltda., e agravado Banco Real S.A.:

ACORDAM, em Primeira Câmara de Direito Comercial, por unanimidade, dar provimento parcial ao recurso. Custas na forma da lei.

RELATÓRIO

MR Comércio e Serviços Ltda. interpôs agravo de instrumento, com pedido de efeito ativo, da decisão proferida pelo Juiz Substituto com assento na Unidade de Direito Bancário da comarca da Capital que, nos autos da ação revisional de contrato cumulada com pedido de tutela antecipada que ajuizou contra o Banco Real S.A., indeferiu o pedido de tutela antecipada "porque o contrato não está nos autos" (fl. 11).

Alega que está impossibilitada de juntar aos autos os contratos objeto da revisional, porquanto deles não dispõe; por isso requereu, no pedido de tutela antecipada, a inversão do ônus da prova, bem como a suspensão da inscrição do seu nome nos cadastros de proteção ao crédito.

Postula, destarte, a agravante a antecipação da tutela recursal e, ao final, o provimento do recurso para reformar-se definitivamente o *decisum* objurgado.

Em despacho de fls. 58-62, foi deferida a almejada antecipação da tutela recursal.

VOTO

Assiste razão, em parte, à recorrente, pois, consoante se infere dos autos, a relação contratual a ser revista decorre de contrato de abertura de crédito em conta-corrente.

O CDC admite a inversão do ônus da prova, conforme disposto pelo art. 6º, VIII:

São direitos básicos do consumidor: a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências.

Acerca do assunto, Nelson Nery Junior explica:

O CDC permite a inversão do ônus da prova em favor do consumidor, sempre que for ou hipossuficiente ou verossímil sua alegação. Trata-se de aplicação do princípio constitucional da isonomia, pois o consumidor, como parte reconhecidamente mais fraca e vulnerável na relação de consumo (CDC, 4º, I), tem de ser tratado de forma diferente, a fim de que seja alcançada a igualdade real entre os partícipes da relação de consumo. O inciso comentado amolda-se perfeitamente ao princípio constitucional da isonomia, na medida em que trata desigualmente os desiguais, desigualdade essa reconhecida pela própria lei (*Código de processo civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 1.354).

A propósito, já decidiu esta Corte de justiça:

A teor do art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, cabível a inversão do ônus da prova quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando o consumidor for hipossuficiente,

seja no tocante ao aspecto técnico na produção daquela, seja quanto ao critério econômico (AI n. 2005.009571-2, de Lages, rel. Des. Ricardo Fontes).

Com base nessas considerações e no fato de que não há possibilidade de se estabelecer, por ora, o que é concretamente devido, dada a indissociabilidade das dívidas englobadas do débito do cheque especial, deve ser possibilitada a inversão do ônus da prova no presente caso.

Por outro lado, verifica-se que, pela atual orientação do Pretório Superior, descabida é a concessão de medida cautelar para impedir o registro de inadimplentes nos cadastros de proteção ao crédito ou o apontamento de títulos a protesto, salvo nos casos em que o devedor, discutindo o débito, demonstre verossimilhança em seus argumentos e deposite o valor correspondente à parte reconhecida do débito ou preste caução idônea, o que não ocorre no presente caso.

Nesse sentido, foi julgado no STJ:

II. A orientação mais recente da E. 2ª Seção (REsp n. 527.618/RS) não admite que a simples discussão judicial da dívida possa obstaculizar ou remover a negativação nos bancos de dados, exceto quando efetivamente demonstrado o reflexo positivo da ação no valor devido, com amparo na jurisprudência dominante desta Corte ou do C. STF e depositada ou caucionada a parte incontroversa, se apenas parcial o desacordo (Processo AgRg no REsp. n. 826216/RS; Agravo Regimental no Recurso Especial n. 2006/0050018-1, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, Órgão Julgador T4 — Quarta Turma, data do julgamento 20-6-2006, data da publicação/Fonte DJ 21-8-2006, p. 265) (grifo nosso).

A respeito, esta Primeira Câmara também já decidiu:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO REVISIONAL. INSCRIÇÃO NOS CADASTROS DE INADIMPLENTES. CABIMENTO. PROTESTO DE TÍTULOS. POSSIBILIDADE. DEVEDOR. POSSE DO BEM. MANUTENÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

1. A discussão judicial da dívida, por si só, não é suficiente para vedar a inscrição do nome do devedor nos cadastros de órgãos de proteção ao crédito, tampouco o protesto de títulos. É "necessária e concomitante, a presença dos seguintes requisitos: a) que haja ação proposta pelo devedor contestando a existência integral ou parcial do débito; b) que haja efetiva demonstração de que a contestação da cobrança indevida se funda na aparência do bom direito e em jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça; c) que, sendo a contestação apenas de parte do débito, deposite o valor referente à parte tida por incontroversa, ou preste caução idônea, ao prudente arbítrio do magistrado" (REsp./RS n. 702.710, rel. Min. Nancy Andrighi, DJ de 10-2-2005) (AI n. 2003.024822-6, da Capital, rel. Des. Salim Schead dos Santos).

Na análise do pedido de exclusão dos nomes dos devedores em bancos particulares de dados dos órgãos de restrição ao crédito, devem estar presentes, concomitantemente: a) ação proposta pelo devedor que conteste a existência integral ou parcial do débito; b) a efetiva demonstração de que a contestação da cobrança indevida funda-se na aparência do bom direito e em jurisprudência consolidada do STF ou STJ; c) que, sendo a contestação apenas de parte do débito, deposite o valor referente à parte tida por incontroversa, ou preste caução idônea, ao prudente arbítrio do magistrado, (REsp. n. 527.618-RS, do STJ).

No caso presente, tendo a devedora/agravante deixado de dar cumprimento a todos os requisitos concomitantemente, tem-se como legítima a inscrição de seu nome nos órgãos de restrição ao crédito. Portanto, o veredicto, nessa parte, encontra-se consentâneo com a atual orientação do Superior Tribunal de Justiça e deste órgão fracionário. Ressalta-se que nada impede, todavia, que, feito o depósito da dívida na parte incontroversa ou oferecida a caução e cumpridos os requisitos do artigo 273 da lei processual, renove a agravante, perante o Juízo *a quo*, o pleito denegado.

Destarte, visto que, *in casu*, não se encontram presentes todos os requisitos acima mencionados, dá-se provimento parcial ao recurso, ape-

nas para possibilitar a inversão do ônus da prova. Confirma-se no mais, a deliberação agravada que permitiu a inscrição da devedora nos cadastros de inadimplentes.

DECISÃO

Nos termos do voto do Relator, decide a Câmara, por unanimidade, dar provimento parcial ao recurso.

Participaram do julgamento o Exmo. Sr. Des. Ricardo Fontes e o Exmo. Sr. Des. Subst. Jânio Machado.

Florianópolis, 31 de maio de 2007.

Anselmo Cerello
PRESIDENTE E RELATOR

APELAÇÃO CÍVEL

Apelação Cível n. 2007.006923-2, de Sombrio

Relator: Des. Anselmo Cerello

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REVISÃO CONTRATUAL BANCÁRIA C/C EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS E TUTELA ANTECIPADA – INCIDÊNCIA DAS NORMAS DO CDC – JUROS REMUNERATÓRIOS FIXADOS EM 12% AO ANO – MODIFICAÇÃO – TAXA EXPRESSAMENTE PACTUADA – INCIDÊNCIA LIMITADA À MÉDIA DE MERCADO NA ÉPOCA DAS AVENÇAS – CAPITALIZAÇÃO MENSAL PERMITIDA – ART. 5º DA MP N. 1.963-17 – COMISSÃO DE PERMANÊNCIA CONTRATADA PARA O PERÍODO DE INADIMPLÊNCIA – POSSIBILIDADE DESDE QUE INACUMULADA COM DEMAIS ENCARGOS MORATÓRIOS – REPETIÇÃO DE INDÉBITO NA FORMA SIMPLES MANTIDA – ÔNUS SUCUMBENCIAIS READEQUADOS – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Os contratos bancários encontram-se subordinados ao Diploma Consumerista, porquanto o §2º do artigo 3º da legislação em epígrafe traz o conceito de *fornecedor* e de *serviço*, fazendo alusão expressa aos serviços de natureza bancária e financeira.

"Firmados os contratos anterior ou posteriormente à EC n. 40/03, os juros remuneratórios não sofrem a limitação da taxa de 12% (doze por cento) ao ano. Prevalece o índice ajustado, portanto, caso não comprovada a abusividade, em confronto com a taxa média do mercado" (Ap. Cív. n. 2004.036286-1, de Itapoá, rel. Des. Ricardo Fontes).

"[...] 2 – Aos contratos de mútuo bancário, celebrados a partir de 31 de março de 2000, data da primitiva publicação do art. 5º da MP n. 1.963-17/2000, atualmente reeditada sob o n. 2.170-36/2001, incide a capitalização mensal, desde que pactuada. A perenização da sua vigência deve-se ao art. 2º da Emenda Constitucional n. 32, de 12 de setembro de 2001" (REsp. n. 629.487, do Rio Grande do Sul, rel. Min. Fernando Gonçalves).

De acordo com o entendimento pacificado na 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, a aplicação da comissão de permanência possibilitada para o período de inadimplência acarreta o afastamento de qualquer outro encargo nesse mesmo período.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2007.006923-2, da comarca de Sombrio (1ª Vara), em que é apelante Banco do Brasil S.A., e apelado José Carlos de Oliveira:

ACORDAM, em Primeira Câmara de Direito Comercial, por unanimidade, prover parcialmente o recurso. Custas legais.

José Carlos de Oliveira ajuizou ação revisional c/c exibição de documentos e tutela antecipada em face de Banco do Brasil S.A., ambos qualificados nos autos.

Afirmou o autor, em síntese, ter firmado contratos de abertura de crédito rotativo em conta-corrente, de empréstimos e de cartão de crédito com o banco réu; todavia, sustentou que os encargos incidentes nos referidos pactos são abusivos e, assim, requereu fossem revisados para declarar-se a invalidação das cláusulas ilícitas e abusivas, a fim de: limitar os juros remuneratórios em 12% ao ano, sem capitalização mensal; reduzir a multa contratual a 2% sobre o saldo devedor; afastar a comissão de permanência.

Requeru, em sede de tutela antecipada, a impossibilidade de inscrição de seu nome nos cadastros de inadimplentes, assim como que o requerido exhibisse os documentos relativos ao presente caso.

Citado, o réu apresentou contestação às fls. 40-65.

Réplica às fls. 142-146.

Sobreveio sentença (fls. 153-158) na qual o MM. Juiz *a quo* julgou procedentes os pedidos formulados na exordial, para: a) declarar a ilegalidade dos juros superiores a 12% ao ano, exceto a capitalização anual; da cobrança de comissão de permanência; da multa superior a 2%; b) determinar a correção monetária com base no INPC; c) condenar o réu a restituir ao autor os valores cobrados indevidamente, corrigidos pelo INPC, desde o desembolso, e com juros de mora a contar da citação, com direito a compensação com débito contratual, acaso existente; d) manter a liminar já deferida. *In fine*, condenou o réu ao pagamento das despesas processuais e dos honorários advocatícios ao patrono do autor, estes fixados em R\$ 800,00 (oitocentos reais).

Irresignado, o Banco recorreu, sustentando, em suma, que é inaplicável o CDC ao caso em tela, e defendeu a não-limitação dos juros remuneratórios, a legalidade na capitalização mensal de juros, a possibilidade da incidência de comissão de permanência, a viabilidade na cobrança da multa contratual, ser indevida a restituição dos valores adimplidos, e a inversão dos ônus sucumbenciais.

Sem contra-razões.

É o relatório.

Trata-se de apelação cível interposta por Banco do Brasil S.A. da sentença que julgou procedentes os pedidos contidos na ação revisional de contrato proposta por José Carlos de Oliveira.

1 Da incidência do CDC

Com relação à alegada inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor ao caso em tela, não assiste razão ao recorrente, uma vez que os contratos bancários encontram-se a ele subordinados, porquanto o §2º do artigo 3º da legislação em epígrafe, que traz o conceito de *fornecedor* e de *serviço*, faz alusão expressa aos serviços de natureza bancária e financeira.

Assim, destinando-se as instituições financeiras a prestar serviços de natureza bancária, financeira e creditícia, encontram-se, por isso, enquadradas na expressão *fornecedor*. Nesse sentido é a redação da Súmula 297 do Superior Tribunal de Justiça.

Desta Primeira Câmara de Direito Comercial, colhe-se:

[...] Contrato de empréstimo bancário. Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor. Súmula n. 297 do STJ.

A aplicação do Código de Defesa do Consumidor a relações bancárias é indiscutível, especialmente em face da natureza do contrato celebrado (Ap. Cív. n. 2000.008803-0, de Lages, rel. Juiz Jânio Machado).

Logo, mantenho incólume a r. sentença no que se refere à aplicação do Código de Defesa do Consumidor.

2 Dos juros remuneratórios

Pretende o Banco ver reformada a sentença no que se refere à limitação dos juros remuneratórios ao percentual de 12% a.a., alegando que o art. 192, § 3º, da CF não é auto-aplicável, defendendo a incidência dos juros contratados e da Súmula 596 do STF.

Assiste razão ao apelante, pois a limitação da taxa de juros foi logo abandonada em razão da Súmula 596 do Supremo Tribunal Federal, cujo enunciado estabelece o seguinte: “As disposições do Decreto n. 22.626/1933 não se aplicam às taxas de juros e aos outros encargos co-

brados nas operações realizadas por instituições públicas ou privadas, que integram o sistema financeiro nacional".

Nesse sentido, a Primeira Câmara de Direito Comercial vem entendendo que o art. 192, § 3º, da Constituição Federal e o Decreto n. 22.626/1933 (Lei de Usura), que determinavam o limite de 12% a.a. para fixação dos juros remuneratórios, não mais se aplicam aos contratos anteriores e posteriores à EC n. 40/2003 – que revogou o §3º do art. 192 da CF, consoante as Súmulas 648 e 596 do STF, devendo incidir o que for pactuado, desde que não ultrapasse a taxa média de mercado divulgada pelo Banco Central por intermédio da tabela de Taxas de Juros das Operações Ativas, conforme estabelece a Circular n. 2.957/99, que dispõe sobre as operações de crédito no mercado financeiro.

Outrossim, persistiu a necessidade de se buscar limite para a taxa de juros remuneratórios, e a solução encontrada, desta vez no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, foi a utilização da taxa média aplicada no mercado financeiro, que deu origem à Súmula.

A aferição dessa taxa média somente foi possível em razão da Circular n. 2.957, de 30-12-1999, por intermédio da qual o Banco Central do Brasil – Bacen determinou que as instituições financeiras remetessem "informações sobre as taxas médias ponderadas, as taxas mínimas e máximas, o valor liberado na data-base, o saldo dos créditos concedidos, os respectivos níveis de atraso e os prazos médios" das operações de *hot money*, desconto de duplicatas, desconto de notas promissórias, capital de giro, conta garantida, financiamento imobiliário, aquisição de bens, vendor, adiantamento sobre contratos de câmbio, *export notes*, repasses de empréstimos externos (em relação às pessoas jurídicas) e cheque especial, crédito pessoal, financiamento imobiliário, aquisição de veículos automotores e aquisição de outros bens (em relação às pessoas físicas). Tais índices foram

compilados numa tabela que o Bacen denominou de Taxa de Juros das Operações Ativas.

Portanto, o que deve ser observado para se aferir a existência de cobrança abusiva de juros é o percentual a esse título pactuado entre as partes e o valor da taxa praticada no mercado na época da assinatura da avença, de modo que, se o primeiro índice for superior ao segundo, a este último ficará limitada a cobrança. Em outras palavras, vale a taxa de juros remuneratórios pactuada desde que não seja superior à taxa média de mercado praticada à época da assinatura do contrato.

A propósito, nesse sentido já decidiu esta Câmara:

Firmados os contratos anterior ou posteriormente à EC n. 40/03, os juros remuneratórios não sofrem a limitação da taxa de 12% (doze por cento) ao ano. Prevalece o índice ajustado, portanto, caso não comprovada a abusividade, em confronto com a taxa média do mercado (Ap. Cív. n. 2004.036286-1, de Itapoá, rel. Des. Ricardo Fontes).

In casu, observa-se nos documentos colacionados aos autos (contratos, faturas etc.) a pactuação expressa da cobrança de juros remuneratórios, merecendo, assim, acolhida a pretensão do recorrente para permitir-se a cobrança dos juros fixados, desde que não superiores à taxa média de mercado na época da contratação e limitados ao pactuado entre as partes.

3 Da capitalização mensal de juros

Defendeu o apelante a modificação do *decisum* singular que afastou a incidência de capitalização na forma mensal para os pactos sob análise.

Acerca do assunto, importa esclarecer que, em 31-3-2000, foi publicada a Medida Provisória n. 1.963-17, que, em seu art. 5º, possibilitava a capitalização de juros em periodicidade inferior à anual: "Art. 5º. Nas operações realizadas por instituições integrantes do Sistema Financeiro

Nacional, é admissível a capitalização de juros em periodicidade inferior a um ano".

Em 28-12-2000, a Medida Provisória acima mencionada foi revogada pela Medida Provisória n. 2.087-27, mantendo-se, todavia, o disposto no art. 5º com a mesma redação. O mesmo ocorreu em 29-6-2001, quando a Medida Provisória n. 2.170-34 foi publicada, revogando a MP n. 2.087-27, mas mantendo a disposição constante do art. 5º como concebido originariamente.

Quando já se encontrava na segunda reedição, desta vez sob o n. 2.170-36, de 24-8-2001, entrou em vigor a Emenda Constitucional n. 32, de 12-9-2001, que, em seu art. 2º, dispõe o seguinte: "As medidas provisórias editadas em data anterior à da publicação desta emenda continuam em vigor até que medida provisória ulterior as revogue explicitamente ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional".

No entanto, até a presente data não houve a edição de medida provisória ulterior que tenha revogado expressamente a MP em questão, da mesma forma que não se tem notícia de deliberação definitiva do Congresso Nacional a esse respeito, motivo pelo qual permanece válido o disposto no art. 5º da Medida Provisória n. 2.170-36/2001, autorizando as instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional a proceder a capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano.

Nesse diapasão, o Superior Tribunal de Justiça já se posicionou em inúmeros de seus julgados:

CONTRATO. ADMINISTRADORA DE CARTÃO DE CRÉDITO. CAPITALIZAÇÃO. JUROS. POSSIBILIDADE. MP Nº 2.170-36/2001.

I – Admite-se a capitalização mensal nas operações realizadas pelas instituições financeiras integrantes do Sistema Financeiro Nacional, celebradas a partir de 31 de março de 2000, data da primitiva publicação do artigo 5º da Medida Provisória 1.963-17/2000,

atualmente reeditada sob o n. 2.170-36/2001 (AgRg no AgRg no AG n. 565.360, do Rio Grande do Sul, rel. Min. Castro Filho, j. em 15-2-2005).

CIVIL. MÚTUO. INSTITUIÇÃO BANCÁRIA. SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. JUROS REMUNERATÓRIOS. LIMITAÇÃO. 12% AO ANO. IMPOSSIBILIDADE. CAPITALIZAÇÃO. PERIODICIDADE MENSAL. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 2.170-36/2001. INCIDÊNCIA.

[...]

2 – Aos contratos de mútuo bancário, celebrados a partir de 31 de março de 2000, data da primitiva publicação do art. 5º da MP nº 1.963-17/2000, atualmente reeditada sob o nº 2.170-36/2001, incide a capitalização mensal, desde que pactuada. A perenização da sua vigência deve-se ao art. 2º da Emenda Constitucional nº 32, de 12 de setembro de 2001 (REsp. n. 629.487, do Rio Grande do Sul, rel. Min. Fernando Gonçalves).

Nesse caso, para os pactos posteriores a 31-3-2000, permite-se a incidência da capitalização de juros na forma mensal.

Dessa feita, reformo a r. sentença nesse ponto, para permitir a incidência de capitalização mensal de juros nos pactos em análise.

4 Da comissão de permanência

Afirma o apelante que a cobrança da comissão de permanência é devida com base na taxa média de mercado, já que expressamente pactuada.

Razão assiste ao apelante, porquanto se observa no contrato em análise, cláusula n. 9.3, expressamente previsto que em situação de inadimplência será cobrada comissão de permanência à taxa de mercado, conforme faculta a Resolução n. 1.129, de 15-5-86, do Conselho Monetário Nacional. Observa-se, ainda, a existência de previsão contratual para a cobrança, além de comissão de permanência, de juros moratórios de 1% ao ano e multa contratual de 2%.

Impende salientar que a comissão de permanência possui idêntica função à da correção monetária, destinando-se à atualização do valor da dívida a contar do seu vencimento, bem como à remuneração da instituição financeira pelo inadimplemento. É, portanto, encargo de mora e foi criado antes da correção monetária, havendo possibilidade de cobrança *pro rata dia* (Lei n. 4.595/64 e Resolução n. 1.129/86 do Bacen).

Por certo, com a entrada em vigor da Lei n. 6.899/81, por intermédio da qual se instituiu a correção monetária, a função atualizadora da comissão de permanência deixou de existir, inviabilizando a cumulação desses dois encargos à luz do que dispõe a Súmula 30 do Superior Tribunal de Justiça, *verbis*: "A comissão de permanência e a correção monetária são inacumuláveis".

Outrossim, o item I da Resolução n. 1.129/86, editada pelo Banco Central do Brasil, estabelece que a comissão de permanência será calculada às mesmas taxas pactuadas no contrato original ou à taxa de mercado do dia do pagamento. Dessa forma, não se verifica aí nenhuma potestatividade que justifique a exclusão da cobrança, uma vez que as taxas de mercado não são fixadas pelo credor, mas, sim, definidas pelo próprio mercado ante as oscilações econômico-financeiras, estas fiscalizadas pelo governo, que, como sói acontecer, intervém para sanar distorções indesejáveis.

Aludido fundamento serviu de base a reiterados julgados do Superior Tribunal de Justiça, culminando com o verbete da Súmula 294 daquela Corte, redigido nos seguintes termos: "Não é potestativa a cláusula contratual que prevê a comissão de permanência, calculada pela taxa média de mercado, apurada pelo Banco Central do Brasil, limitada à taxa do contrato".

É de se salientar, entretanto, que a taxa média a ser adotada não pode ser superior à taxa de juros prevista no contrato. Nesse sentido:

[...] 6. A comissão de permanência, para o período de inadimplência, é cabível, não cumulada com a correção monetária, nos termos da Súmula n. 30 da Corte, nem com juros remuneratórios, calculada pela taxa média dos juros de mercado, apurada pelo Banco Central do Brasil, não podendo ultrapassar a taxa do contrato (STJ, REsp. n. 271.214, do Rio Grande do Sul, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. em 12-3-2003).

É mister frisar, outrossim, que impossibilitada a incidência cumulada da comissão de permanência com os juros de mora e com a multa contratual, conforme o relatado pela Mina. Nancy Andrichi, no AgRg n. 400.921/RS, julgado em 26-8-2003, no qual destacou:

porquanto o cálculo da taxa de comissão de permanência se faz em consideração ao índice de inadimplência existente no mercado, com a prefixação das perdas e danos sofridos pelas instituições financeiras em razão do inadimplemento das obrigações assumidas por seus devedores, como soa ocorrer com multa contratual, conclui-se que esses encargos desempenham a mesma função.

Observa-se, portanto, acerca dos encargos decorrentes da inadimplência, ser apenas admitida a cobrança de comissão de permanência, entretantes tal encargo não poderá ser cumulado com juros remuneratórios, correção monetária, juros moratórios e multa contratual.

Assim, a aplicação da comissão de permanência acarreta o afastamento dos citados encargos, de acordo com o entendimento pacificado na 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, sob a seguinte fundamentação:

verifica-se que a comissão de permanência possui natureza tríplice: a) funciona como índice de remuneração do capital mutuado (juros remuneratórios); b) atualiza o valor da moeda (correção monetária); e c) compensa o credor pelo inadimplemento contratual e o remunera pelos encargos decorrentes da mora. Desse modo, qualquer cumulação da comissão de permanência com os encargos previstos pelo Código Civil, sejam eles moratórios ou não, representa *bis in idem*, observada a natureza jurídica dos institutos em questão. [...] É de se reconhecer, portanto, que a comissão de permanência, uma vez aplicada, leva ao afastamento dos encargos moratórios (AgRg

no REsp. n. 706.368/RS, relatora Ministra Nancy Andrighi, DJ de 8-8-2005, p. 179).

Destarte, incidente a comissão de permanência no período de inadimplemento, porquanto pactuada, devem ser afastados os juros de mora e a multa moratória.

Contudo, dou parcial provimento ao pedido do apelante para determinar a incidência da comissão de permanência pactuada, todavia afasto a cobrança dos juros moratórios e da multa contratual, tornando-se prejudicado o ponto do apelo referente a esse último encargo.

5 Da repetição de indébito

Acerca do assunto, não obstante as alegações do apelante, a restituição dos valores pagos impropriamente se faz devida, em obediência ao princípio que veda o enriquecimento ilícito, sendo desnecessária a comprovação de erro, de acordo com o disposto no art. 885 do Código Civil.

Nesse sentido, já ficou decidido:

Esta Corte Superior já se posicionou na vertente de ser possível, tanto a compensação de créditos, quanto a devolução da quantia paga indevidamente, em obediência ao princípio que veda o enriquecimento ilícito, de sorte que as mesmas deverão ser operadas de forma simples – e não em dobro —, ante a falta de comprovação da má-fé da instituição financeira. Precedentes (REsp. n. 401.589/RJ, AgRg no Ag 570.214/MG e REsp 505.734/MA) (AgRg no REsp. n. 733.279/RS, rel. Min. Jorge Scartezzini, j. 9-3-2006).

Já foi sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça: "Súmula 322. Para a repetição de indébito, nos contratos de abertura de crédito em conta-corrente, não se exige a prova do erro".

Portanto, mantém-se a r. decisão nesse ponto, porque devida é a repetição do indébito, porém operada de forma simples, ante a ausência de má-fé do credor.

6 Dos ônus sucumbenciais e honorários advocatícios

Com efeito, a r. sentença resta reformada para beneficiar o banco apelante, observando-se uma melhora na situação jurídica deste, uma vez que, dos 5 pontos alegados, 2/5 foram acolhidos no presente acórdão.

Assim, condenado pela decisão singular ao pagamento integral das custas e honorários advocatícios, foi dado provimento ao recurso do banco apelante para afastar a limitação dos juros remuneratórios em 12% ao ano, e para admitir a incidência de capitalização mensal de juros e da comissão de permanência, todavia afastando-se os juros moratórios e a multa contratual.

Portanto, observa-se uma melhora na situação jurídica do apelante, razão pela qual deve arcar com 60% das despesas processuais e o apelado com 40%.

Quanto aos honorários advocatícios, mantém-se o *quantum* de R\$ 800,00 fixado pelo MM. Juízo *a quo* para o apelante pagar ao patrono da parte apelada, todavia deve o recorrido também pagar R\$ 600,00 para o advogado da Instituição Financeira a título de verba honorária.

Diante do exposto, provejo parcialmente o recurso para permitir a cobrança da taxa de juros fixada pela Instituição Financeira, desde que não superior à taxa média de mercado e limitada ao pactuado entre as partes; admitir a incidência da capitalização mensal de juros; possibilitar a cobrança de comissão de permanência, afastando, por outro lado, os juros moratórios e a multa contratual; condenar o banco apelante ao pagamento de 60% das despesas processuais, arcando o apelado com 40%, bem como honorários advocatícios, devendo a casa bancária pagar R\$ 800,00 para o patrono da parte apelada, todavia devendo esta também pagar R\$ 600,00 para o advogado da Instituição Financeira, admitida a compensação (Súmula 306 do STJ).

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Ricardo Fontes e Des. Subst. Jânio Machado.

Florianópolis, 17 de maio de 2007.

Anselmo Cerello
PRESIDENTE E RELATOR

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

APELAÇÕES CÍVEIS

Apelação Cível n. 2006.017336-3, de Bom Retiro

Relator: Des. Edson Ubaldo

APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS DE TERCEIROS.

AGRAVO DE INSTRUMENTO DA DECISÃO QUE NÃO RECEBEU O RECURSO EM PRIMEIRO GRAU POR INTEMPERVIDADE – ARGÜIÇÃO E COMPROVAÇÃO DE DESCUMPRIMENTO AO *CAPUT* DO ART. 526 DO CPC, NOS TERMOS DO PARÁGRAFO ÚNICO – INADMISSÃO NECESSÁRIA NÃO RECORRIDA – ART. 557, § 1º, DO CPC.

RECURSO DE APELAÇÃO NÃO CONHECIDO.

A sentença transitou em julgado, pois a decisão de inadmissibilidade da apelação cível não foi reformada pelo recorrente por preclusão.

Não se conhece do recurso de apelação cível, cuja admissibilidade fora negada em primeiro grau e sua ascensão ao Tribunal ocorreu via efeito suspensivo conferido no recurso de agravo de instrumento, posteriormente inadmitido por descumprimento ao parágrafo único do artigo 526 do Código de Processo Civil.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2006.017336-3, da comarca de Bom Retiro (vara única), em que é apelante o Banco do Brasil S.A., e apelados Nazir Terezinha Machado,

Edison Orlando Coutinho Müller e Alonir Deucher, e interessados Auto Elétrica Deucher Ltda., Adair Deucher e Namir Machado Deucher:

ACORDAM, em Segunda Câmara de Direito Comercial, por votação unânime, não conhecer do recurso de apelação cível. Custas na forma da lei.

RELATÓRIO

Nazir Terezinha Machado, Edison Orlando Coutinho Müller e Alonir Deucher opuseram embargos de terceiros (n. 009.04.000594-0) contra as penhoras do apartamento n. 201, pertencente aos dois primeiros, e do mezanino, este do último embargante, situados na Rua Martinho Cascaes, Edifício Deucher, n. 47, Bom Retiro/SC. Referidas constrações foram determinadas nos processos de Execução n. 009.99.000149-9 e 009.99.000152-9, ajuizadas pelo Banco do Brasil S.A. em face de Auto Elétrica Deucher Ltda., Adair Deucher, Namir Machado Deucher e Alanir Erich Deucher.

Nazir Terezinha Machado adquiriu de seu cunhado e da irmã, Hamilton Rubens Cardoso da Silva e Nazide Maria Machado da Silva, o apartamento 201, antes da constituição do condomínio denominado apartamento 301, em 4 de março de 1993, passando a deter a posse, juntamente com seu companheiro Edison Orlando Coutinho Müller. No instrumento particular de compra e venda, consta o reconhecimento das firmas dos vendedores e compradora (fl. 26).

Por sua vez, os vendedores, Hamilton Rubens Cardoso da Silva e Nazide Maria Machado da Silva, adquiriram dita unidade habitacional do casal Adair Deucher e Namir Machado Deucher, em 29 de junho de 1989, tendo sido reconhecidas as firmas dos contratantes e registrado referido contrato particular de compra e venda no Cartório de Títulos e Documentos, em 18 de julho de 1989 (fl. 25).

O outro embargante, Alonir Deucher, adquiriu, em 7 de janeiro de 1991, também do casal Adair Deucher e Namir Machado Deucher, o apartamento 101 do mesmo edifício, posteriormente denominado mezanino. O contrato particular de compra e venda foi devidamente registrado no Cartório de Títulos e Documentos e as firmas dos contratantes reconhecidas no mesmo dia da transação (fl. 27).

O processo de Execução n. 009.99.000149-9, ajuizado pelo Banco do Brasil S.A., no valor de R\$ 11.151,02, tem como título executivo extrajudicial as Cédulas de Crédito Comercial n. 97/01130-4 (fls. 184-186) e 98/01066-2 (fls. 192-194), e como executados Auto Elétrica Deucher Ltda., Adair Deucher e, como garante, Namir Machado Deucher (fls. 165-256).

A Execução n. 009.99.000152-9 (fls. 116-118), no valor de R\$ 17.891,93, também ajuizada pelo Banco do Brasil S.A. em face dos mesmos demandados no procedimento executivo anteriormente citado, tem como título executivo extrajudicial a instruí-la a Cédula de Crédito Comercial n. 96/01019-3 (fls. 104-164).

Nos processos de execução, os respectivos termos de nomeação de penhora do terreno urbano, matrícula n. 4.322 no Registro Geral de Imóveis da comarca de Bom Retiro, foram assinados pelo executado Adair Deucher (fls. 162 e 234).

Nos embargos, os autores postularam: a) liminar de manutenção de posse das respectivas unidades, com dispensa de caução; b) suspensão das execuções; c) citação do embargado Banco do Brasil S.A.; d) produção de provas; e) procedência do pedido para manutenção definitiva da posse dos imóveis, declarando-se a ilegalidade e nulidade das penhoras, com a liberação da constrição; e f) condenação do embargado ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios de 20% do valor dos bens

penhorados. Valoraram a causa em R\$ 89.549,00 (fls. 2-20). Juntaram documentos (fls. 21-257).

O douto Juiz de Direito, Dr. Mário Bianchini Filho, suspendeu os processos de execução, determinou a expedição de manutenção de posse em favor dos embargantes e a citação do embargado para contestar (fls. 259-260).

O embargado, Banco do Brasil S.A., contestou, requerendo, em síntese, a improcedência dos embargos (fls. 275-280).

Interpôs agravo de instrumento (fls. 265/273), postulando a concessão de efeito suspensivo à liminar, cuja decisão (n. 2004.029992-2) deixou de conhecer do recurso por ausência de certidão da intimação da decisão agravada (fls. 331-337).

A impugnação ao valor da causa foi rejeitada, apensa (n. 009.04.000594-0/001), com fundamento na correspondência entre o valor atribuído aos embargos de terceiros e o valor dos bens perseguidos (fls. 301-302).

Os embargantes apresentaram réplica (fls. 291-298).

Na audiência designada (fl. 291), compareceram apenas os autores dos embargos e o respectivo advogado, postulando a procedência dos embargos. Os autos foram conclusos para julgamento (fl. 303).

Em julgamento antecipado da lide, o Magistrado *a quo* decidiu pela procedência do pedido, tornando definitiva a liminar de manutenção de posse e excluindo da penhora os apartamentos 101 (mezanino/quitinete) e 201 do Edifício Deucher. Condenou o embargado ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios de 10% do valor da causa (fls. 304-308).

Inconformado, o Banco do Brasil S.A. apelou, alegando que o terreno urbano foi oferecido pelo executado e, no momento da penhora, não havia as averbações das construções. Sustentou que o acessório segue o principal, devendo ser mantida a penhora. Postulou provimento ao recurso para reformar a sentença (fls. 313-322).

O recurso foi recebido no duplo efeito pelo douto Juiz de Direito, Dr. Joarez Rusch (fl. 325).

Os embargantes apresentaram contra-razões, argüindo a preliminar de intempestividade. Postularam, assim, a retratação da admissibilidade para que não seja recebido o recurso por ser intempestivo e, caso conhecido, seja-lhe negado provimento (fls. 340-346).

O douto Magistrado sentenciante, Dr. Mário Bianchini Filho, procedeu ao reexame dos pressupostos de admissibilidade do recurso, deixando de receber a apelação cível (fl. 348).

O apelante, Banco do Brasil S.A., agravou (n. 2006.012385-6) dessa decisão que deixou de receber o recurso, sendo concedido, pelo eminente Desembargador Victor Ferreira, o efeito suspensivo postulado (fls. 353-356).

Assim, a apelação cível foi encaminhada ao Tribunal e distribuída, por prevenção, à Segunda Câmara de Direito Comercial (fls. 353-359).

Os agravados, por outro lado, argüiram que o agravante descumpriu o artigo 526, *caput*, do Código de Processo Civil (fls. 361-362).

Em decisão monocrática, o eminente Desembargador que anteriormente havia concedido o efeito suspensivo à decisão, deixou de receber a apelação cível, negou seguimento ao agravo de instrumento em face de sua inadmissibilidade (fl. 363).

VOTO

O Banco do Brasil S.A. interpôs apelação cível da a sentença (fls. 304-308) que, nos autos de Embargos de Terceiros n. 009.04.000594-0, promovidos por Nazir Terezinha Machado, Edison Orlando Coutinho Müller e Alonir Deucher, tornou definitiva a liminar de manutenção de posse dos apartamentos 101 (mezanino) e 201, excluindo-os das penhoras (fls. 162-234) realizadas nas Execuções n. 009.99.000149-9 e 009.99.000152-9 e que recaíram no terreno urbano no qual, anteriormente, já estava construído o Edifício Deucher, matrícula n. 4.322, no Cartório de Registro de Imóveis da comarca de Bom Retiro.

De início, constata-se que as datas dos instrumentos particulares de compra e venda (29-6-1989, 4-3-1993 e 7-1-1991 – fls. 25-27) das citadas unidades habitacionais (apartamentos 101 – mezanino e 201) são anteriores às penhoras do terreno urbano (21-2-2000 e 13-1-2000 -- fls. 162-234) onde foram edificados os apartamentos. As respectivas firmas dos contratantes estão reconhecidas, tendo havido, até mesmo, os registros dos contratos de folhas 25-27 (18-7-1989 e 7-1-1991) no Cartório de Títulos e Documentos da Comarca.

Entretanto, em análise aos pressupostos de admissibilidade do recurso de apelação proposto pelo Banco do Brasil S.A., constata-se que, inicialmente, referido recurso fora recebido (fl. 325), porém o Magistrado *a quo*, ao reexaminar tais pressupostos, provocado pelos apelados nas contra-razões (fls. 340-346), verificou a intempestividade e deixou “de receber a apelação de fls. 313-321” (fl. 348).

O artigo 518 e respectivo parágrafo único, do Código de Processo Civil, assim dispõem:

Art. 518. Interposta a apelação, o juiz, declarando os efeitos em que a recebe, mandará dar vista ao apelado para responder.

Parágrafo único. Apresentada a resposta, é facultado ao juiz o reexame dos pressupostos de admissibilidade do recurso.

Após o reexame, o Banco do Brasil S.A., inconformado com o não-recebimento da apelação, interpôs agravo de instrumento, postulando efeito suspensivo e reforma da decisão de intempestividade.

Ao receber o agravo de instrumento, o eminente Desembargador Victor Ferreira concedeu o efeito suspensivo à decisão de primeiro grau (fls. 353-356), provocando a determinação, pelo Magistrado *a quo* (fl. 353), de remessa do presente recurso de apelação ao Tribunal de Justiça.

Em princípio, o recorrente obteve êxito na postulação apresentada no agravo de instrumento. O efeito suspensivo à decisão que não recebeu a apelação foi concedido e os autos ascenderam ao egrégio Tribunal para julgamento.

Não foi pleno, entretanto, o êxito do recurso de agravo de instrumento interposto pelo Banco do Brasil S.A.

Os recorridos, nos termos da petição de folhas 361-362, argüiram e provaram o descumprimento do disposto no artigo 526 do Código de Processo Civil. Ou seja, o agravante deixou de requerer, em primeiro grau, a juntada “de cópia da petição do agravo de instrumento e do comprovante de sua interposição, assim como a relação dos documentos que instruíram o recurso” (art. 526, *caput*, do CPC).

A penalidade para referida incúria encontra-se descrita no parágrafo único do próprio artigo 526 do Código de Processo Civil, que assim estabelece:

Parágrafo único. O não cumprimento do disposto neste artigo, desde que argüido e provado pelo agravado, importa inadmissibilidade do agravo.

De fato, a decisão monocrática final, seguindo as disposições legais, constantes dos artigos 527, I, e 557, *caput*, todos do Código de Processo Civil, foi por negar seguimento ao recurso de agravo de instrumento, “posto que inadmissível” (fl. 363).

Em pesquisa no Sistema de Automação Judiciária (SAJ), verificou-se que referido agravo de instrumento, cadastrado sob o n. 2006.012385-6, encontra-se arquivado desde a data de 12-7-2006.

Dessa decisão de inadmissibilidade do agravo de instrumento deixou de recorrer o prejudicado – Banco do Brasil S.A. Tal faculdade encontra-se descrita no § 1º do art. 557 do Código de Processo Civil.

Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

§ 1º-A [...]

§ 1º Da decisão caberá agravo, no prazo de 5 (cinco) dias, ao órgão competente para o julgamento do recurso, e, se não houver retração, o relator apresentará o processo em mesa, proferindo voto; provido o agravo, o recurso terá seguimento.

Como o recorrente – Banco do Brasil S.A. – não exerceu a faculdade de recorrer, seu direito precluiu, nos termos do arquivamento do agravo.

A sentença transitou em julgado, pois a decisão de inadmissibilidade da apelação cível não foi reformada pelo recorrente por preclusão.

Sendo assim, não se conhece do recurso de apelação cível, cuja admissibilidade fora negada em primeiro grau e sua ascensão ao Tribunal ocorreu via efeito suspensivo conferido no recurso de agravo de instrumento, posteriormente inadmitido por descumprimento ao *caput* do artigo 526 do Código de Processo Civil, nos termos do parágrafo único do citado dispositivo.

DECISÃO

Nos termos do voto do Relator, a Segunda Câmara de Direito Comercial decidiu, por votação unânime, não conhecer do recurso.

Participou do julgamento o Exmo Sr. Des. Nelson Schaefer Martins.

Florianópolis, 9 de novembro de 2006.

Trindade dos Santos
PRESIDENTE, COM VOTO

Edson Ubaldo
RELATOR

Apelações Cíveis n. 2006.035265-3 e 2006.035266-0, da Capital

Relator: Des. Edson Ubaldo

APELAÇÕES CÍVEIS – SISTEMA FINANCEIRO DE HABILITAÇÃO – CAUTELAR QUE OBJETIVA A SUSPENSÃO DE LEILÃO EXTRAJUDICIAL – PRINCIPAL QUE REQUER A ANULAÇÃO DA EXECUÇÃO – AMBOS OS FEITOS INTERPOSTOS MUITO TEMPO APÓS A EFETIVAÇÃO DO LEILÃO – FALTA DE INTERESSE DE AGIR – RECURSOS IMPROVIDOS.

"O interesse do autor deve existir no momento em que a sentença é proferida. Se desapareceu antes, a ação terá de ser rejeitada" (NEGRÃO, Theotonio; GOUVÊA, José Roberto F. *Código de processo civil e legislação processual em vigor*. 38. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p.113).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2006.035265-3 e 2006.035266-0, da comarca da Capital, em que são apelantes Eros Clóvis Merlin Filho e Eliane Pires Merlin, e apelados Banco Itaú S.A. e Habitasul Crédito Imobiliário S.A.:

ACORDAM, em Segunda Câmara de Direito Comercial, por votação unânime, conhecer dos recursos e negar-lhes provimento. Custas na forma da lei.

RELATÓRIO

Eros Clóvis Merlin Filho e Eliane Pires Merlin intentaram medida cautelar preparatória de suspensão de leilão, na data de 17-4-2001, argumentando que o banco réu enviou-lhes correspondência para negociação de débito referente à dívida de contrato de financiamento imobiliário. Entretanto, ao encaminharem proposta, não obtiveram resposta. Informaram que o leilão do referido imóvel foi marcado para 20-4-2001. Buscaram o

deferimento da medida liminar para suspensão do leilão. Juntaram documentos (fls. 10-18).

A liminar foi concedida às fls. 20-23.

Contestando o feito, a Habitasul Crédito Imobiliário afirmou que o leilão já fora realizado em 24-4-1999 e a carta de adjudicação registrada e transferida a propriedade e, dessa forma, caracterizada estava a perda do objeto. Requereu a extinção do feito sem julgamento do mérito. Pleiteou a declaração de sua ilegitimidade passiva e afirmou exercer somente função administrativa, inexistindo nexos causal entre o título obrigacional e a função exercida pelo agente fiduciário (fls. 30-42).

O Banco Itaú compareceu espontaneamente aos autos e arguiu: a) nulidade da citação; b) falta de interesse de agir em razão de a execução extrajudicial já estar consumada, inclusive com a arrematação do bem pelo réu; c) legalidade da execução extrajudicial e constitucionalidade do Decreto-Lei n. 70/66; d) ausência de comprovação do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*. Requereu a expedição de ofício à Habitasul para que esta remetesse ao Juízo a cópia do procedimento extrajudicial. Pleiteou a extinção do feito sem julgamento do mérito, com a condenação dos autores nos ônus sucumbenciais (fls. 43-56). Juntou a carta de adjudicação (fls. 58-62).

Ação ordinária de anulação definitiva de leilão extrajudicial

Após, os autores intentaram ação ordinária de anulação definitiva de leilão extrajudicial (autos n. 2006.035265-3) requerendo o afastamento do procedimento extrajudicial que levou a leilão o imóvel referido. Pleitearam a condenação dos réus em custas e honorários advocatícios. Juntaram documentos (fls. 6-19).

Contestando o feito, a Habitasul Crédito Imobiliário afirmou que o leilão já fora realizado em 24-4-1999 e a carta de adjudicação registrada

e transferida a propriedade e, dessa forma, caracterizada estava a perda do objeto. Requereu a extinção do feito sem julgamento do mérito. Pleiteou a declaração de sua ilegitimidade passiva e afirmou exercer somente função administrativa, inexistindo nexos causal entre o título obrigacional e a função exercida pelo agente fiduciário (fls. 32-36).

O Banco Itaú compareceu espontaneamente aos autos, contestou o feito e arguiu: a) nulidade da citação; b) falta de interesse de agir em face da adjudicação; c) constitucionalidade do Decreto-Lei n. 70/66; d) não decorrer o leilão da execução extrajudicial, e sim do domínio que o réu exerce sobre o imóvel; e) ausência de negativa, por parte dos autores, da inadimplência; f) ciência, dos autores, do procedimento adotado; g) fossem julgados improcedentes os pedidos (fls. 37-48).

Manifestando-se sobre as contestações apresentadas em ambos os feitos, os autores defenderam: a) obediência da citação aos preceitos legais; b) designação e suspensão do leilão em razão da liminar concedida; c) ilegalidade do leilão extrajudicial (fls. 77-79 – cautelar e 51-53 – anulatória).

Sentenciando, o MM. Juiz de Direito Dr. Hélio do Valle Pereira julgou improcedentes os pedidos, declarando a legalidade do Decreto-Lei n. 70/66, e condenou os autores ao pagamento das custas e honorários advocatícios, fixados em R\$ 1.000,00 (mil reais) em favor de cada réu – quanto aos dois processos (fls. 85-87 – cautelar e 60-62 – anulatória).

Inconformados, recorrem os autores buscando a reforma da sentença para reconhecer-se a ilegalidade da execução extrajudicial e anular-se o leilão (fls. 93-97 – cautelar e 67-71 – anulatória).

O Banco Itaú ofereceu contra-razões reiterando os argumentos já expendidos (fls. 100-106 – cautelar e 77-80 – anulatória).

VOTO

Da preliminar da falta de interesse de agir

Nas peças contestatórias, os réus pugnam pela declaração de falta de interesse de agir em razão de o leilão ter ocorrido em 26-4-1999 e o imóvel ter sido adjudicado pelo segundo réu.

Na sentença atacada, o MM. Magistrado assim se manifestou: "Ainda que haja razoáveis argumentos quanto a vícios processuais argüidos pelos contestantes, preferível enfrentar o mérito, pois ele favorece os réus. Emprega-se, assim, o princípio subjacente ao art. 249, §2º, do Código de Processo Civil".

Diante do fato de restar constatado que o leilão extrajudicial já ocorrera antes mesmo da interposição da medida cautelar, não há outro deslinde para o recurso que não a sua improcedência.

Os documentos apresentados deixam clara a realização do leilão do referido imóvel, com as devidas intimações aos autores, sendo finalizado com a adjudicação, em segundo leilão, pelo próprio credor em 26-4-1999 (fls. 32-36 – ação anulatória).

Ainda, destaca-se dos autos que os autores estavam inadimplentes desde 14-8-1995, intentando as presentes ações somente no ano de 2001.

Diz o artigo 3º do CPC: "Para propor ou contestar a ação é necessário ter interesse e legitimidade".

Os autores intentaram as ações -- cautelar e anulatória -- muito após a ocorrência do leilão. Assim, considerando que o procedimento já estava encerrado e que não havia mais *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, não há falar em interesse para a causa.

A ação é natimorta pois já iniciou sem nenhum interesse de agir. Os autores estavam pleiteando a anulação de um leilão que já havia ocorrido quase 1 ano antes de proposta a demanda.

Ensina Theotonio Negrão:

O interesse do autor deve existir no momento em que a sentença é proferida. Se desapareceu antes, a ação terá de ser rejeitada (RT 489/143, JTJ 163/9, 173/126, JTA 106/391), de ofício e a qualquer tempo (STJ- 3ª T., Resp 23.563-RJ- AgRg, rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 19.8.97, negaram provimento, v.u., DJU 15.9.97, p. 44.372). (NEGRÃO, Theotonio; GOUVÊA, José R. F. *Código de processo civil e legislação processual em vigor*. 38. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p.113).

Conforme já mencionado, o interesse dos autores já não existia na data de interposição das ações. Assim, o feito deve ser extinto sem julgamento do mérito por ausência de interesse processual. Com a extinção do feito sem julgamento de mérito por falta de interesse de agir, restam prejudicadas as demais preliminares mencionadas no curso da lide.

DECISÃO

Nos termos do voto do relator, a Câmara decidiu, por votação unânime, conhecer dos recursos e negar-lhes provimento.

Participou do julgamento o Exmo. Sr. Des. Subst. Ronaldo Moritz Martins da Silva.

Florianópolis, 28 de junho de 2007.

Nelson Schaefer Martins
PRESIDENTE, COM VOTO

Edson Ubaldo
RELATOR

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

AGRAVO DE INSTRUMENTO

Agravo de Instrumento n. 2006.016477-3, de Araranguá

Relator: Des. Alcides Aguiar

AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE – NULIDADE DA EXECUÇÃO POR AUSÊNCIA DE TÍTULO EXECUTIVO – MATÉRIA AINDA NÃO APRECIADA EM PRIMEIRO GRAU – SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA – ANÁLISE VEDADA – PENHORA – DEPÓSITO JUDICIAL DO VALOR DA DÍVIDA PELO EXECUTADO – NECESSIDADE DA LAVRATURA DO TERMO DE PENHORA E POSTERIOR INTIMAÇÃO DO DEVEDOR PARA INÍCIO DO PRAZO DE EMBARGOS À EXECUÇÃO – ARTS. 657, 669 E 738, I, DO CPC – RECURSO PROVIDO.

Em sede de agravo de instrumento, é vedada a análise de questões ainda não apreciadas pelo Juízo *a quo*, pois importaria em suprimir um grau de jurisdição.

Apesar de a matéria ser controvertida no seio dos tribunais (STJ, TJ/SC), a Câmara entende que o depósito judicial do valor da dívida não dispensa a lavratura do termo de penhora e a posterior intimação do executado para dar início ao prazo de oposição dos embargos do devedor.

Referido termo e conseqüente intimação são essenciais à eficácia da penhora, e é indiferente se o depósito se per fez por ato do próprio devedor.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2006.016477-3, da comarca de Araranguá (1ª Vara Cível), em que é agravante Banco ABN Anro Real S.A., e agravado Marlon Bittencourt da Silva:

ACORDAM, em Terceira Câmara de Direito Comercial, por votação unânime, dar provimento ao recurso. Custas na forma da lei.

Banco ABN Anro Real S.A. interpôs agravo de instrumento da decisão proferida pelo Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da comarca de Araranguá à fl. 71 dos autos da Execução Provisória n. 004.05.007947-0, movida pelo agravado, que indeferiu pedido do agravante de formalização da penhora de depósito judicial do valor do débito e sua posterior intimação para a oposição de embargos.

Informa que as partes firmaram contrato de financiamento – agravante/credor, agravado/devedor – para a aquisição de motocicleta, garantido com alienação fiduciária, e que o agravante, em razão da inadimplência do agravado, propôs ação de busca e apreensão, cuja liminar foi concedida, porém veio a ser revogada em decorrência do provimento do agravo de instrumento interposto pelo demandado, quando foi determinada ao agravante a devolução do bem apreendido.

Posteriormente, o recorrido ajuizou execução provisória no valor de R\$ 33.800,00, valor esse referente à multa de descumprimento pelo agravante da ordem judicial.

Relata que, citado, ofereceu exceção de pré-executividade requerendo a suspensão dos atos de penhora e a extinção da demanda por inexistência de título executivo hábil. Efetuou, no ato, o depósito judicial do valor da

dívida, a título de penhora, e postulou a redução a termo e sua posterior intimação para a oposição de embargos.

Aduz, ainda, que, sem apreciar a causa de suspensão e extinção da ação, o Magistrado, dando pelo prosseguimento da execução, indeferiu o pedido de formalização da penhora e intimação para oposição dos embargos, por entender que o prazo inicial seria a data da juntada da petição que informava o depósito.

Assim, sustenta que a decisão deve ser reformada, pois o início do prazo para embargos pressupõe a redução a termo do ato construtivo e a posterior intimação do devedor, e não da juntada da petição do depósito.

Defende, também, que, embora não tenha sido apreciada a exceção, pode o Tribunal conhecer da matéria nela suscitada, por se tratar de questão de ordem pública, já que, sendo incabível a execução de multa pelo descumprimento de uma ordem exarada em decisão interlocutória sem uma sentença que a confirme, uma vez que aquela é provisória e pode ser revogada ou alterada a qualquer tempo, a execução carece de título executivo; é, portanto, nula e deve ser extinta.

Postula, então, via tutela recursal antecipatória, a suspensão da ação; no mérito, a declaração de nulidade da execução ou, alternativamente, a reforma da decisão para determinar que seja reduzida a termo a constrição realizada, com a posterior intimação do agravante para oposição de embargos do devedor.

Pelo despacho de fls. 61-65, foi negado o efeito suspensivo almejado.

Sem contra-razões (fl. 68).

Em sessão realizada no dia 5-10-2006, após o voto deste Relator que negou provimento ao recurso, foi suspenso o julgamento em razão do pedido de vista do Desembargador Gastaldi Buzzi, o qual, em sessão do

dia 9-11-2006, apresentou voto divergente, seguido pela Desembargadora Marli Mosimann Vargas, no sentido de dar provimento ao agravo, motivo pelo qual foi solicitada nova vista por este signatário.

Por fim, o agravado vem aos autos noticiar o julgamento da exceção de pré-executividade em primeira instância, requerendo a extinção do recurso por perda do objeto.

É o relatório.

Trata-se de agravo de instrumento contra decisão que entendeu como prazo inicial para a oposição de embargos do devedor a data da juntada nos autos da guia do depósito judicial do valor do débito e indeferiu pedido de formalização da penhora e posterior intimação do executado para o começo da fluência do prazo.

Indefere-se, desde logo, o requerimento de extinção do recurso apresentado pelo agravado, uma vez que a matéria objeto do presente agravo – necessidade de redução a termo da penhora de depósito judicial pelo executado – vem a ser diversa da discutida e decidida na exceção de pré-executividade – nulidade da execução por ausência de título executivo –, conforme se depreende da decisão trazida pelo peticionário.

Assim, não há falar em perda do objeto, que se configura quando, “no decorrer da ação, cessam os motivos que deram origem ao recurso” (Agravo de Instrumento n. 2004.001269-1, de Itajaí, relator Des. Salim Schead dos Santos), o que não ocorreu.

Portanto, persistindo ainda o interesse recursal do agravo em exame, passa-se ao seu julgamento.

Inicialmente, cumpre destacar que não se ignora que matérias passíveis de serem examinadas de ofício podem ser alegadas e conhecidas em qualquer momento processual e grau de jurisdição.

Não obstante, é prudente e razoável, em obediência ao princípio constitucional do duplo grau de jurisdição, que matérias ainda não apreciadas pelo Juízo *a quo* não sejam analisadas em grau recursal, quanto mais no âmbito limitado que é o recurso de agravo de instrumento, em que se discute tão-somente o acerto ou desacerto do *decisum* impugnado.

Conforme se constata do interlocutório agravado (fl. 23), o Magistrado tão-somente indeferiu requerimento relativo aos termos da penhora determinou a intimação do exequente para que este se manifeste acerca da exceção de pré-executividade, sem apreciar, portanto, seu fundamento.

Dessa forma, não hão de ser examinados os pedidos de suspensão e nulidade da execução, uma vez que a apreciação de questões ainda não discutidas pelo Juízo de primeiro grau, tal como a que ora se questiona, importaria em suprimir um grau de jurisdição.

Nesse sentido:

Matéria não submetida ao crivo judicial na instância *a quo*, ou ainda não equacionada pelo magistrado singular, não pode ser enfrentada em sede recursal. Esse conhecimento originário, acaso ditado, implicaria em frontal supressão de um nível de jurisdição, o que é totalmente inadmissível ao nosso ordenamento jurídico (AI n. 1996.001772-0, da Capital, rel. Des. Trindade dos Santos).

E, ainda:

Em sede de agravo de instrumento só se discute o acerto ou desacerto do ato judicial hostilizado, não sendo viável a discussão de questões ainda não apreciadas no Juízo *a quo*, sob pena de indevido adiantamento da tutela jurisdicional invocada e conseqüente supressão de instância, em afronta ao princípio do duplo grau de jurisdição (AI n. 1999.022497-0, de Blumenau, rel. Des. Eder Graf).

Corroborando com esse entendimento:

Em sede de agravo de instrumento cabe ao juízo *ad quem* apenas a análise acerca do acerto ou desacerto da decisão guerreada, sendo vedada a apreciação de matéria ainda não discutida no juízo de

primeiro grau de jurisdição (AI n. 2001.021367-2, de Balneário Camboriú, rel. Des. Monteiro Rocha).

Assim, não se conhece dos pedidos referentes à suspensão e nulidade da execução.

No mais, é consabido que, em se tratando de depósito judicial do valor da dívida realizado pelo executado, a questão do marco inicial para a oposição de embargos do devedor comporta entendimentos contrários nos tribunais pátrios, inclusive na Corte catarinense, a respeito da necessidade de redução a termo da penhora e posterior intimação do devedor.

A par disso, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que, nesses casos, independentemente da lavratura do respectivo termo, a constituição da penhora é automática, pois, no ato do depósito, a execução encontra-se garantida, e não pode mais o devedor dispor da quantia depositada; inicia-se, daí, portanto, o prazo para oposição dos embargos.

Veja-se: REsp. n. 590.560/SP, rela. Mina. Nancy Andrichi, e REsp. n. 163.990, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar; e do TJ/SC, AI n. 2005.012908-2, rel. Des. Dionízio Jenczak, e AI n. 2004.033818-3, rel. Des. Marcus Túlio Sartorato.

Sem olvidar de tal posição e apesar de ter sido adotada inicialmente por este Relator, o entendimento acima esposado, com efeito, e melhor refletindo em torno do tema, não deve prevalecer.

Isso porque o Código de Processo Civil é imperativo:

“Art. 669. Feita a penhora, intimar-se-á o devedor para embargar a execução no prazo de 10 (dez) dias”.

Por sua vez, o art. 657 exige para a perfectibilização da constrição a confecção do termo de penhora, que tem a finalidade de formalizar a garantia da execução e retirar o bem indicado da livre disposição do devedor.

A lição de José Frederico Marques bem elucidada:

O auto de penhora é o instrumento em que se documenta o ato executivo da penhora. Esta se formaliza no referido auto, para que se tenha no procedimento a documentação de seu conteúdo e respectivos limites.

O auto de penhora é necessário, quer este recaia em bens corpóreos, quer incida sobre bens incorpóreos (*Instituições de direito processual civil*. Campinas/SP: Millennium, 2000. v. 5, p. 180-181).

Não há dúvida, é de se registrar, que, tratando-se de depósito judicial do valor da dívida executada, a quantia depositada já se encontra fora da posse e da livre disposição do devedor, desde logo vinculada ao Juízo.

Todavia, não se pode consignar que a redução do termo de penhora do depósito judicial do dinheiro constitui mera formalidade processual e que a posterior intimação do executado vem a ser dispensável, pois se estaria trilhando em nítida afronta aos mencionados arts. 657 e 669, ambos do CPC, dando azo, assim, à insegurança jurídica.

Tanto o é que a Lei Processual Civil, em seu art. 738, volta a reforçar a necessidade de intimação do devedor para concretizar a penhora e dar início ao prazo de oposição dos embargos.

Prescreve referido dispositivo:

Art. 738. O devedor oferecerá os embargos no prazo de 10 (dez) dias, contados:

I — da juntada aos autos da prova da intimação da penhora; [...].

Vale, por oportuno, lembrar o ensinamento de Pontes de Miranda:

A intimação da penhora é essencial à sua eficácia. Se foi o próprio executado que fez o depósito, ou se foi outra pessoa, ou se nomeou bens, ou se não os nomeou, é indiferente. De modo que dizer-se que a falta de intimação não importa, e o prazo para embargos corre da data da decisão que julga, por exemplo, feita a penhora no dinheiro depositado [...], é contra a letra da lei e contra os princípios. [...]

Note-se que a falta de intimação é causa de inexistência de ineficácia (= somente há eficácia com a intimação).

[...]

A falta de intimação expõe a penhora de embargos do devedor, de modo que não há preclusão para a oposição desses, se revel o executado. A intimação, mais tarde, tem a conseqüência de tornar embargável, nos dez dias, a penhora” (*Comentários ao código de processo civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. t. 10, p. 221-222).

Desse modo, há de se ter por imprescindível, nesse caso, a lavratura do termo de penhora e posterior intimação do executado para dar início ao prazo de oposição dos embargos do devedor, uma vez que o

depósito do valor da execução efetuado pela instituição financeira, quando muito, pode ser encarado como oferecimento de bens à penhora, conforme o art. 655 do estatuto processual. Reduzida tal nomeação a termo, apenas aí tem-se por penhorado o bem (RT 807/432).

Nosso Tribunal de Justiça já se pronunciou nesse sentido:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. Execução contra instituição financeira. Penhora. Depósito judicial de dinheiro como garantia do juízo. Redução a termo e subsequente intimação da devedora. Indispensabilidade. Contagem do prazo para a propositura dos embargos.

Ainda que a instituição financeira executada tenha, ao ser citada para a execução contra si desfechada, oferecido, em garantia do juízo, a penhora de valores a serem depositados em vinculação judicial, não fica dispensada a redução a termo da penhora e a subsequente intimação da parte executada para a interposição dos embargos. Sem essas providências, imperativas à vista da lei processual civil, não tem início a fluência do prazo de defesa (AI n. 2003.021670-7, de Criciúma, rel. Des. Trindade dos Santos).

Ou:

AGRAVO DE INSTRUMENTO — AÇÃO DE EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL — PENHORA — DEPÓSITO JUDICIAL DE DINHEIRO — REDUÇÃO A TERMO E

SUBSEQUENTE INTIMAÇÃO DA DEVEDORA — INDISPENSABILIDADE — EXEGESE DOS ARTS. 657; 669; 738, I; TODOS DO CPC — RECURSO PROVIDO.

A nomeação de bens à penhora efetuada na forma de depósito judicial da quantia excutida destina-se a garantir o juízo e possibilitar o oferecimento de embargos, não podendo o julgador dispensar as formalidades legais previstas no ordenamento jurídico vigente, sob pena de ofensa ao princípio da segurança jurídica (AI n. 2004.013234-4, de Joinville, rela. Desa. Salete Silva Sommariva).

Não diferente, colhe-se do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO DE SENTENÇA – NOMEAÇÃO DE BENS – LAVRATURA DO TERMO DE PENHORA – ASSINATURA – AUSÊNCIA – DEPÓSITO EM JUÍZO – NECESSIDADE DE LAVRATURA DE TERMO – PRAZO PARA EMBARGOS NÃO TRANSCORRIDO – LEVANTAMENTO DO NUMERÁRIO – AFRONTA AO DEVIDO PROCESSO LEGAL E À AMPLA DEFESA – RECURSO PROVIDO.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido de que o prazo para interposição dos embargos à execução deve ser contado a partir da assinatura do termo de penhora.

A ausência da assinatura não permite o aperfeiçoamento da penhora, não havendo transcurso do prazo para oposição de embargos.

Não estando a penhora perfeita, o depósito do valor executado não é, propriamente, uma substituição, sendo necessária a sua redução a termo, intimando-se a recorrente do prazo para oposição de embargos (AI n. 1.0701.02.015092-9/001, de Uberaba, relator Des. Eduardo Mariné da Cunha).

E, também, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

O prazo para o ajuizamento dos embargos do devedor começa a fluir da intimação do devedor do termo de penhora, ainda que tenha nomeado à penhora quantia em dinheiro no valor da dívida (AI n. 70013089057, de São Leopoldo, rela. Desa. Maria Isabel de Azevedo Souza).

Pelo exposto, dá-se provimento ao recurso para determinar ao Juízo de primeiro grau que lavre o termo de penhora do depósito realizado pelo executado, procedendo-se à sua posterior intimação para oferecimento de embargos do devedor.

Participaram do julgamento, com voto vencedor, os Exmos. Srs. Des. Gastaldi Buzzi e Marli Mosimann Vargas.

Florianópolis, 23 de novembro de 2006.

Alcides Aguiar
PRESIDENTE E RELATOR

APELAÇÃO CÍVEL

Apelação Cível n. 1999.018483-8, de Videira

Relator: Des. Alcides Aguiar

APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS DE TERCEIRO – CONCORDATA CONVOLADA EM FALÊNCIA – APREENSÃO DE TRÊS VEÍCULOS TRANSFERIDOS A TERCEIROS PELA EMPRESA QUANDO CONCORDATÁRIA – DECLARAÇÃO DE INEFICÁCIA NOS PRÓPRIOS AUTOS DO PROCESSO FALIMENTAR – POSSIBILIDADE – DISPENSABILIDADE DE AÇÃO REVOCATÓRIA – ART. 149 DA LEI DE FALÊNCIAS ENTÃO VIGENTE (DECRETO-LEI N. 7.661/45) – VENDA DE UM DELES EFETUADA EM PERÍODO ANTERIOR AO PEDIDO DO BENEFÍCIO, INCLUSIVE AO “PERÍODO SUSPEITO” (ART. 14, III, LF) – VALIDADE – RESTITUIÇÃO AO PROPRIETÁRIO – PROVIMENTO PARCIAL.

Convolada a concordata preventiva em falência, as vendas de veículos utilitários pela falida a terceiros, quando concordatária ou durante o chamado “período suspeito”, são ineficazes se não precedidas de prévia autorização judicial, conforme o art. 149 do Decreto-Lei n. 7.661/45 (Lei de Falências), ineficácia que pode ser declarada nos próprios autos do processo falimentar, independentemente de prévia ação revocatória, pois prescindível a comprovação de fraude no negócio.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 1999.018483-8, da comarca de Videira (2ª Vara), em que é apelante Getúlio Damo Júnior, e apelada Massa Falida de Transportes Canônica Ltda.:

ACORDAM, em Terceira Câmara de Direito Comercial, por votação unânime, dar provimento parcial ao recurso. Custas na forma da lei.

Getúlio Damo Júnior opôs, na comarca de Videira, embargos de terceiro nos autos do Processo de Falência n. 079.95.000274-5, de Transportes Canônica Ltda., relatando que, nesta ação, foi proferido despacho que declarou ineficazes em relação à massa algumas transferências de veículos realizadas a terceiros, sendo determinada, ainda, a arrecadação e transferência deles em nome da massa.

No entanto, alegou que é legítimo proprietário de três caminhões arrolados na decisão, pois, na data da propositura da concordata, a empresa embargada era tão-somente possuidora de dois deles, em decorrência de contrato de alienação fiduciária e arrendamento mercantil, respectivamente, não sendo proprietária nem possuidora do outro, objeto de contrato de compra e venda com o embargante.

Sustentou, também, que a decisão foi prolatada de plano, sem nenhuma ação revocatória precedente que oportunizasse ampla defesa, além de que, mesmo que fosse proprietária, não haveria óbice para a embargada transferi-los durante o processo de concordata, por serem bem móvel.

Requeru, então, a restituição, com pedido de liminar, da posse dos veículos, bem como, ao fim, a liberação da constrição efetuada.

Ouvida a Massa Falida, que defendeu o indeferimento do pleito (fl. 35), bem como a empresa embargada (fls. 33-34) e o Ministério Público (fl. 36), que não se opuseram ao pedido de depósito dos bens em mãos do requerente, restou concedido liminarmente o pedido (fl. 37), com seu cumprimento às fls. 50-51 e verso.

Em sua impugnação, a Massa Falida argüiu, em preliminar, a ilegitimidade ativa do embargante; no mérito, afirmou que não procede o pedido, pois os veículos sempre pertenceram à empresa falida, e somente foram objeto de fraude pelo seu representante em negócios realizados com terceiros, jamais tendo sido o embargante proprietário ou possuidor dos bens.

Defendeu, também, que, ainda que tivesse ocorrido a compra e venda, estaria caracterizada fraude à execução, sendo desnecessária, portanto, ação revocatória para ser decretada a ineficácia das transferências.

Houve manifestação pelo embargante (fls. 74-76).

Posteriormente, os veículos foram entregues em Juízo para inspeção judicial, como determinado pelos despachos de fls. 302, verso, e 303, verso (fls. 313 e 320-321), com exceção de um envolvido em acidente de trânsito (fl. 315), vindo a embargada a requerer a reconsideração da decisão às fls. 323-329, pedido que restou negado (fl. 331, verso).

Após posicionamento do Ministério Público pelo não-acolhimento dos embargos (fls. 334-337), foi prolatada sentença, a qual os rejeitou e condenou o requerente no pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes arbitrados em R\$1.000,00 (fls. 338-341).

O embargante apela, repisando seus argumentos iniciais, aduzindo, também, que o art. 149 da Lei de Falências então em vigor não se aplica ao caso, como entendeu o Magistrado, pois não se trata de alienação de bens imóveis, tampouco de bens sujeitos às cláusulas da concordata, o que corrobora a necessidade de ação revocatória anterior para permitir a ampla defesa do embargante, também não acatada na sentença.

Ressaltando, ainda, que a propriedade de bens móveis se prova com a posse, já que o registro no Detran é mero controle administrativo, postula a reforma do *decisum*.

Sem contra-razões (fl. 347, verso).

O Ministério Público, em ambas as instâncias, opinou pelo desprovemento do recurso (fls. 348-352 e 356-360).

Por força do Ato Regimental n. 57/02, o Desembargador Substituto Joel Dias Figueira Júnior não conheceu do recurso por entender não ser

competência das Câmaras de Direito Civil o julgamento da apelação (fls. 365-366), e o recurso foi redistribuído a esta Terceira Câmara de Direito Comercial.

É o relatório.

Trata-se de apelação contra sentença que não acolheu embargos de terceiro opostos nos autos do processo de falência da empresa embargada.

Observa-se da exordial que o embargante pretende a restituição da posse de três veículos abrangidos pela decisão proferida nos autos da falência que declarou ineficaz suas transferências a terceiros efetuadas pela falida – Transportes Canônica Ltda. –, determinando sua arrecadação à massa (decisão às fls. 9-10).

São eles: caminhões placas AAU-5018 (chassi 9BFYXXL-P5JDB12070), FI-3137 (chassi 9BM344014KB854542) e FI-3277 (chassi 9BM344014KB853987).

Extrai-se da sentença, por sua vez, que a concordata preventiva foi requerida em 5-7-1995, cujo processamento restou deferido em 4-8-1995 (fl. 339).

É certo que, durante a concordata, pode o concordatário, segundo a permissão prevista no art. 167 da Lei de Falências então vigente (Decreto-Lei n. 7.661/45), continuar a praticar, sob fiscalização do comissário, atos de comércio, que incluem a circulação de mercadorias e dinheiro.

Ocorre que, por outro lado, a Lei é clara:

Art. 149. Enquanto a concordata não for por sentença julgada cumprida (art. 155), o devedor não pode, sem prévia autorização do juiz, ouvido o representante do Ministério Público, alienar ou onerar seus bens imóveis ou outros sujeitos a cláusulas da concordata; outrossim, sem o consentimento expresso de todos os credores admitidos e sujeitos aos efeitos da concordata, não lhe é permitido vender ou transferir o seu estabelecimento.

Parágrafo único. Os atos praticados pelo concordatário com violação deste artigo, são ineficazes relativamente à massa, no caso de rescisão da concordata.

Inferese do dispositivo, então, que, até mesmo no período do benefício, pode o concordatário dispor de bens imóveis e aqueles sujeitos a cláusulas da concordata, somente tornando as alienações ineficazes em relação à massa se, em havendo rescisão da concordata, não foram precedidas de prévia autorização do juiz, ouvido o órgão ministerial.

É o caso dos autos em relação a dois dos veículos.

Quanto ao caminhão placas AAU-5018, verifica-se que já em 1993 pertencia à falida, porém estava alienado fiduciariamente ao Banco Bamerindus do Brasil S.A., o qual forneceu liberação do ônus em 12-12-1995 (fl. 11). E, à fl. 11-verso, vê-se que o bem foi transferido a Jorge Luiz de Souza em 21-12-1995, ou seja, já no período da concordata.

Com relação ao caminhão placas FI-3277, constata-se que desde 1994 pertencia à falida, também sob alienação fiduciária ao Banco Meridional do Brasil, tendo sido transferido ao embargante em 10-5-1995 (fl. 21), ou seja, dentro do chamado “período suspeito” a que se refere o art. 14, III, do Decreto-Lei n. 7.661/45, fixado na decisão de fls. 134-138 dos autos da falência, consoante noticiado no parecer da Procuradoria-Geral de Justiça (fl. 359).

Desse modo, convolada a concordata preventiva em falência (fl. 9), e não tendo havido prévia autorização do juiz para as vendas acima mencionadas, conforme exige o citado art. 149, tem-se por correta a decisão que tornou ineficazes as transferências relativas a estes dois veículos, de acordo com o previsto no parágrafo único do mesmo dispositivo.

E como a Lei fala que os atos que violam tal norma são “ineficazes”, é de afirmar ser prescindível a ação revocatória para tanto, haja vista o ensinamento de Miranda Valverde, citado por Manoel Justino Bezerra Filho:

“estes atos não são nulos, nem anuláveis, são simplesmente ineficazes com relação à Massa, sendo que tais bens deverão ser normalmente arrecadados em caso de falência” (*Lei de falências comentada*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 410).

A desnecessidade de ação prévia é decorrente de que a ineficácia atribuída pela lei dispensa a comprovação de fraude pelos envolvidos no negócio, ao contrário do previsto no art. 53 da Lei de Falências, pois, como adverte Waldo Fazzio Júnior, sobrevivendo a falência, “a alienação torna-se ineficaz, ainda que de boa-fé os adquirentes, aos quais assiste a indenização por eventuais benfeitorias realizadas” (*Lei de falências e concordatas comentada*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 271).

Não é outro o entendimento do julgado trazido na obra de Wilson de Souza Campos Batalha e Sílvia Marina L. Batalha de Rodrigues Netto:

“Durante o período do favor legal, embora não perca a concordatária a administração de seus bens, não pode deles dispor, sendo ineficaz relativamente à massa a cessão de direito ao uso de telefone efetuada, sem autorização judicial, antes da decretação da quebra, conforme dispõem os arts. 52 e 149 da Lei de Falências, não se exigindo, para tanto, a comprovação de fraude do negócio” (TJSP, 6ª Câmara, Ap. 50.881-1, rel. Des. Camargo Sampaio, v. u., j. 30.8.84. RT 591/88) (*Falências e concordatas*. 3. ed. São Paulo: LTJ, 1999. p. 745).

A propósito, colhe-se do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

Falência – Ação revocatória – Venda de bens da falida durante o denominado “período suspeito” – Ineficácia da venda havida, em relação à massa – Irrelevância da intenção ou não de fraudar a massa – Período antecipatório da falência.

É absoluta a ineficácia, em relação à massa, da venda de bens integrantes do patrimônio do devedor insolvente efetuada durante o termo legal da falência, ou seja, o denominado “período suspeito” (DL n. 7.661/1945, art. 52) sendo irrelevante a intenção ou não de fraudar credores. Trata-se de intenção que não se leva em conta, por funcionar esse termo como um período antecipatório da falên-

cia (Ap. Cív. n. 2000.264.430-0/00, de Belo Horizonte, rel. Des. Hyparco Immesi).

É, em situação semelhante, assim já foi decidido em nosso Tribunal de Justiça:

Agravo de instrumento – Falência – Alienação do estabelecimento comercial após o termo legal – Aplicação do art. 52, VIII, do Decreto-Lei n. 7.661/45 – Presunção de fraude – Ineficácia absoluta do ato perante a massa – Possibilidade de decretação de ofício – Prescindibilidade de ação revocatória – Recurso desprovido (Agravo de Instrumento n. 2003.022299-5, de Blumenau, rel. Des. Ricardo fontes).

Há que ressaltar, ainda, que não há dúvida que o art. 149 incide no caso em apreço, pois, quando menciona bens “sujeitos a cláusulas da concordata”, a Lei refere-se àqueles que compõem o aparelhamento da empresa e destinados à própria manutenção e continuação de suas atividades, o que inclui os veículos que pretende o embargante ver restituídos a sua posse, utilizados no transporte de mercadorias.

A respeito, colhe-se lição de Manoel Justino Bezerra Filho:

Além da proibição de venda de imóveis, o concordatário também está proibido de vender outros bens “sujeitos às cláusulas da concordata”. Estes outros bens são aqueles necessários à continuação do trabalho da empresa, tais como veículos usados no trabalho, máquinas industriais usadas na produção, aparelhamento em geral, transferência de contrato de locação etc (op. cit., p. 410).

Portanto, estando correta a decisão com relação aos veículos placas AAU-5018 e FI-3277, não hão de ser acolhidos os embargos neste ponto.

No que se refere ao caminhão placas FI-3137, constata-se que já em 1993 pertencia à Transportes Canônica Ltda., estando alienado fiduciariamente ao Banco Meridional do Brasil (fl. 14), vindo a ser posteriormente transferida a propriedade à Meridional Leasing S.A. – Arrendamento Mercantil, certamente antes de 15-6-1994, data em que foi reconhecida

a firma no documento de transferência do proprietário vendedor – Transportes Canônica Ltda. (fl. 14-verso).

Dessa forma, não tendo sido a venda efetuada durante a concordata, tampouco no referido “período suspeito”, tem-se por válida a transferência.

Passa-se, então, à análise do pedido de restituição do bem ao embargante.

Conforme acima relatado, o veículo placas FI-3137, já em julho/1994, pertencia à Meridional Leasing S.A. – Arrendamento Mercantil, propriedade que se confirma pelo Certificado de Registro de Veículo à fl. 17, bem como pelo documento de fl. 72, datado de 1º-3-1996.

Em consulta efetuada ao Detran, em 29-11-1996 (fl. 19), constatase que a propriedade foi transferida a Nilo Francio, que, em 13-10-1997, vendeu o veículo a Getúlio Damo Júnior, ora embargante/apelante, o qual ficou na posse do bem (fl. 20).

Embora não se ache nos autos prova do registro no órgão de trânsito a respeito da referida compra e venda, não se pode afastar do comprador a legítima propriedade do veículo, uma vez que, de acordo com o art. 1.267 do Código Civil (art. 620, CC/1916), a propriedade de coisa móvel se transfere pela tradição.

A propósito:

Os embargos de terceiros tutelam a posse e a propriedade quando incidente uma constrição judicial sobre um bem de quem não é mais parte na lide, da qual origina-se a constrição. Assim, para fazer jus à certeza da tutela, imperiosa a demonstração, desde logo, da posse ou propriedade, por parte do estranho à demanda, não equivalendo a tal, o recibo de contrato de aquisição do bem, mas sim a comprovação da tradição, tratando-se de móvel, ou da transcrição imobiliária, se imóvel, ou, ainda, a demonstração do exercício da posse do bem constritado (Ap. Cív. n. 2000.024694-8, de Lages, rel. Des. Anselmo Cerello).

Assim, tratando-se os embargos de terceiro de ação cognitiva com a finalidade de proteger quem, não sendo parte no processo principal, se

acha atingido injustamente por medida judicial constritiva sobre bens de sua posse ou propriedade (art. 1.046, § 1º, do CPC), é de ser acolhido o pedido de restituição do veículo placas FI-3137 ao embargante.

Convém ressaltar que o recorrente já havia ficado como depositário de tal veículo quando arrecadado judicialmente, conforme se depreende das fls. 38, 40 e 50.

O fato de constar no instrumento particular de compra e venda (fl. 20) que o embargante estava ciente de que o veículo seria objeto de busca e apreensão determinada pelo Juízo da 2ª Vara da comarca de Videira não desqualifica a medida, pois, diante do aqui decidido, a transferência inicial do bem deu-se por válida, o que legitima a propriedade atual.

Pelo exposto, dá-se provimento parcial ao recurso para que seja liberada a constrição efetuada no veículo FI-3137 (chassi 9BM344014KB854542), restituindo-se sua posse e propriedade ao apelante.

Com fulcro no art. 21 do Código de Processo Civil, as custas processuais serão distribuídas na razão de 2/3 (dois terços) ao apelante e 1/3 (um terço) à apelada, e os honorários advocatícios arbitrados em R\$300,00 (trezentos reais) em favor do recorrente e R\$ 700,00 (setecentos reais) devidos à recorrida, vedada a compensação (art. 23, EOAB).

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Gastaldi Buzzi e Desa. Subst. Marli Mosimann Vargas, e lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, a Exma. Sra. Dra. Hercília Regina Lemke.

Florianópolis, 23 de novembro de 2006.

Alcides Aguiar
PRESIDENTE E RELATOR

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

AGRAVO DE INSTRUMENTO

Agravo de Instrumento n. 2006.042077-4, de Curitiba

Relator: Des. Vanderlei Romer

ADMINISTRATIVO. SISTEMA NACIONAL DE TRÂNSITO. CURSO DE DIREÇÃO DEFENSIVA E DE PRIMEIROS SOCORROS. LIMINAR QUE SUSPENDEU A EXIGÊNCIA NO ÂMBITO DA COMARCA DE CURITIBANOS. IMPOSIÇÃO NA RENOVAÇÃO DA CNH E NA ADIÇÃO OU MUDANÇA DE CATEGORIA. CURSO AMPARADO NA PORTARIA N. 49/DETRAN/ASJUR/2006 E NA PORTARIA N. 53/DETRAN/ASJUR/2006 QUE DERAM EXECUÇÃO À RESOLUÇÃO N. 168/04 DO CONTRAN. REGULAMENTAÇÃO DO ART. 150 DO CTB. POSSIBILIDADE DA EXIGÊNCIA. PRECEDENTE DESTE TRIBUNAL COM TESE DISTINTA. IRRELEVÂNCIA. OBRIGATORIEDADE DO CURSO NA GRANDE MAIORIA DOS ESTADOS BRASILEIROS. AUSÊNCIA DE *FUMUS BONI IURIS* E DE *PERICULUM IN MORA*. RECURSO PROVIDO.

“Na renovação da carteira, também é exigido o curso de direção defensiva e de primeiros socorros, isso se o condutor não o frequentou anteriormente, como consta no art. 6º, § 1º, da Res. 168”. O veto ao art. 149 não tem o condão de dispensá-lo, porque “Foi simplesmente vetado o dispositivo, pelas razões vistas na análise aos arts. 138, III, e 147, II, e até pelas dificuldades que adviriam na efetivação dos referidos exames [...] No entanto,

em face da Lei n. 9.602, que introduziu três parágrafos ao art. 147, tornou-se sem efeito o veto acima, posto que renovadas as exigências. Assim, tanto a periodicidade como a avaliação psicológica e a redução do tempo para a renovação de exame para casos especiais, aparecem nos citados parágrafos do art. 147 [...] Pelo teor do artigo, os habilitados antes do vigente Código, quando renovarem a carteira, previamente submeter-se-ão ao curso. Não interessa que, ao tempo do fornecimento da habilitação, não vigia a disposição. Inexiste, no caso, direito adquirido, posto que não se está obrigando a formalidade para as habilitações em vigor” (RIZZARDO, Arnaldo. *Comentários ao código de trânsito brasileiro*. 6. ed. 2007. p. 354-358).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2006.042077-4, da comarca de Curitiba, em que é agravante o Estado de Santa Catarina e agravado o representante do Ministério Público:

ACORDAM, em Primeira Câmara de Direito Público, por votação unânime, prover o recurso do Estado de Santa Catarina. Custas na forma da lei.

RELATÓRIO

O Estado de Santa Catarina manejou agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, nos autos da ação civil pública proposta pelo Ministério Público, inconformado com a decisão liminar que determinou a suspensão dos efeitos das Portarias n. 49/Detran/Asjur/2006 e 53/Detran/Asjur/2006 relativamente à exigência do Curso de Primeiros Socorros e de Direção Defensiva para renovação da Carteira Nacional de Habilitação – CNH – e para adição ou mudança de categoria, no âmbito da comarca de Curitiba.

Aduziu o agravante, inicialmente, que integra o Sistema Nacional de Trânsito e encontra-se diretamente vinculado ao Denatran, órgão máximo executivo, e sujeito às normas do Contran, de modo que agiu em conformidade com a legislação vigente federal quando publicou as Portarias em questão. Disse, em conseqüência, que há interesse da União na lide, razão por que seria incompetente a Justiça Estadual. Acrescentou que a decisão agravada não poderia subsistir sem antes a inicial ser ratificada pelo Ministério Público Federal. No mérito, afirmou que o art. 150 do CTB não perdeu a eficácia com o veto ao art. 149 do mesmo Código, e, portanto, seria exigência legal a realização do Curso de Direção Defensiva e de Primeiros Socorros para todos os condutores, na primeira habilitação e/ou na renovação da CNH. Salientou que o referido curso passou a ser exigido a partir da Resolução n. 168/04 do Contran e que a maioria dos Estados já o tem implementado desde junho de 2005, sendo o Estado de Santa Catarina o último a acatar a exigência federal. Ponderou que a imposição do curso atende ao princípio da supremacia do interesse público, porquanto visa conscientizar os condutores acerca da violência no trânsito. Defendeu a existência de *periculum in mora*, na medida em que a segurança é o bem perseguido. Explanou que o tratamento diferenciado aos condutores da comarca de Curitiba, em face da decisão liminar, estabelece verdadeira regra de exceção em termos de Política Nacional de Trânsito. Informou que será facultada a realização de prova àqueles que preferirem não freqüentar o citado curso. Pretendeu, então, a declaração de incompetência da Justiça Estadual ou a reforma da decisão objurgada.

O Sindicato dos Centros de Formação de Condutores de Santa Catarina – Sindemosc pleiteou o ingresso no feito na qualidade de assistente adesivo simples.

O efeito suspensivo almejado foi concedido.

Em contra-razões, o Ministério Público do Estado de Santa Catarina argüiu, preliminarmente, coisa julgada, pois a matéria de fundo já teria sido apreciada no julgamento da ACMS n. 2000.007551-5. Asseverou a competência da Justiça Estadual, visto que o CTB teria conferido autonomia para o Estado deixar de aplicar as determinações dos órgãos consultivos federais que entendesse inconstitucionais. Ressaltou, também, que o Detran é subordinado à Secretaria de Segurança Pública e Defesa do Cidadão do Estado de Santa Catarina, e não ao Denatran. Argumentou que a imposição do curso em discussão, por meio de Planos de Trabalho ou Atas do Renach, representa violação ao princípio da legalidade. No mérito, disse que é absurdo pensar que o art. 150 do CTB é norma independente do art. 149 do mesmo Código. Enfatizou que o mencionado curso viola direito adquirido e ato jurídico perfeito e que as normas processuais são regidas pelo princípio *tempus regit actum*. Alegou que a exigência do curso para a adição ou mudança de categoria não está disciplinada na Resolução n. 168/04 do Contran. Ressaltou, por fim, que há ofensa também aos princípios da segurança jurídica e da razoabilidade.

Instada, a douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo conhecimento e desprovimento do recurso.

VOTO

Próprio e tempestivo, conhece-se do recurso.

Consoante dispõe o Código de Trânsito Brasileiro, o Conselho Nacional de Trânsito – Contran, além de coordenador do Sistema Nacional de Trânsito, é órgão máximo normativo e consultivo (art. 7º, I), e é competente, dentre outras atribuições, para estabelecer as normas regulamentares referidas no CTB e as diretrizes da Política Nacional de Trânsito (art. 12, I); coordenar os órgãos do Sistema Nacional de Trânsito, com o objetivo da integração de suas atividades (art. 12, II); zelar pela unifor-

midade e cumprimento das normas contidas no Código e nas resoluções complementares (art. 12, VII); e normatizar os procedimentos sobre a aprendizagem, habilitação, expedição de documentos de condutores e registro e licenciamento de veículos (art. 12, X).

O Departamento Estadual de Trânsito – Detran, por sua vez, disciplina o referido Diploma, é órgão executivo de trânsito dos Estados (art. 7º, III), e é competente para, no âmbito de sua circunscrição, dentre outras atribuições, cumprir e fazer cumprir a legislação e as normas de trânsito (art. 22, I); realizar, fiscalizar e controlar o processo de formação, aperfeiçoamento, reciclagem e suspensão de condutores, expedir e cassar Licença de Aprendizagem, Permissão para Dirigir e Carteira Nacional de Habilitação, mediante delegação do órgão federal competente (art. 22, II); e implementar as medidas da Política Nacional de Trânsito e do Programa Nacional de Trânsito (art. 22, XI).

A Portaria n. 49/Detran/Asjur/2006 e a Portaria 53/Detran/Asjur/2006 destinaram-se a dar execução à Resolução n. 168/04 do Contran e a estabelecer os procedimentos administrativos necessários à realização do Curso de Atualização para a renovação da CNH e para a mudança ou adição de categoria. Não se pode olvidar, desse modo, que o Detran, ao assim proceder, atuou como agente delegado do órgão federal, cuja competência vem estabelecida acima.

Em suma: por ser o Detran competente para “realizar, fiscalizar e controlar o processo de formação, aperfeiçoamento, reciclagem e suspensão de condutores, expedir e cassar Licença de Aprendizagem, Permissão para Dirigir e Carteira Nacional de Habilitação”, conseqüentemente pode fixar regras e procedimentos para dar operacionalidade e efetividade a seus serviços, em delegação do órgão federal (ACMS n. 2003.009191-2, rel. Des. Volnei Carlin, j. 31-3-2005; ACMS n. 2003.026071-4, rel. Des.

Newton Trisotto, j. 30-3-2004; ACMS n. 2003.008237-9, deste Relator, j. 26-6-2003).

Nesse passo, não parece correto afirmar que o Detran é parte ilegítima na ação e, ainda, que a Justiça Estadual é incompetente para apreciar e julgar o feito.

É oportuno ressaltar, também, que, de fato, ao contrário do sustentado pelo recorrente, o Detran não é vinculado administrativamente ao Denatran, mas à Secretaria de Segurança Pública e Defesa do Cidadão do Estado de Santa Catarina.

Dito tudo isso, convém que seja afastada, neste juízo de cognição provisória, a preliminar de incompetência e, por conseguinte, de ratificação da inicial pelo Ministério Público Federal.

O pedido de assistência simples formulado pelo Sindicato dos Centros de Formação de Condutores de Santa Catarina – Sindemosc, do mesmo modo, não merece ser acolhido.

Com efeito, “a assistência tem lugar em qualquer dos tipos de procedimento e em todos os graus de jurisdição” (art. 50, parágrafo único, CPC).

Aliás, é “Admissível a assistência em todos os graus de jurisdição, inclusive no STJ, caso a lide nele se encontre para apreciação de recurso especial” (RSTJ 145/416) e “Estando o processo em grau de apelação, o pedido de assistência deve ser apreciado e decidido pelo Tribunal *ad quem*” (TRF — 1ª Turma, Ag n. 55.714/BA, rel. Min. Carlos Thibau, DJU 12-5-88, p. 11.244).

No entanto, o presente agravo de instrumento tem por fim restrito a análise do acerto da decisão liminar, conferida antes mesmo da oitiva da parte contrária.

Assim, é precipitado, neste momento e neste grau de jurisdição, deferir o pedido de assistência simples, porquanto, ao contrário dos julgados citados que se referem ao recurso especial e ao recurso de apelação, o processo principal ainda está no começo. Mais apropriado, por certo, é que o pedido seja apreciado pelo juiz de origem, com a atenção do procedimento do art. 50 e seguintes do CPC, que prevêem, até mesmo, a possibilidade de impugnação pelas partes.

Ressalta-se que a negativa do pleito aqui não trará prejuízos ao Sindicato, pois ele poderá renová-lo nos autos da Ação Civil Pública que, reitera-se, encontra-se em fase inicial. De todo modo, de pouca valia seria a intervenção dele no célere processamento deste recurso.

Não prospera, além disso, a preliminar de coisa julgada, suscitada pelo Ministério Público Estadual em contra-razões.

É cediço que “Ocorre a coisa julgada quando se reproduz ação idêntica a outra que já foi julgada por sentença *de mérito* de que não caiba mais recurso” e “As ações são idênticas quando têm os mesmos elementos, ou seja, quando têm as mesmas partes, a mesma causa de pedir (próxima ou remota) e o mesmo pedido (mediato e imediato)” (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 686).

A ACMS n. 2000.007551-5, julgada em 19-4-2001, tratava de mandado de segurança impetrado pelo Sindemosc contra ato do Diretor-Geral do Departamento Estadual de Trânsito, que, por meio da publicação de “comunicado”, suspendeu a exigibilidade do Curso de Direção Defensiva e Primeiros Socorros, determinado, à época, pelo art. 32 da Resolução n. 50/98 do Contran.

À evidência, portanto, que não há identidade entre a citada *actio* e a Ação Civil Pública em exame. São diferentes as partes, visto que nesta

litigam o Ministério Público Estadual e o Estado de Santa Catarina, e a causa de pedir, pois que estão fundamentadas em Portarias e Resoluções diversas dos órgãos de trânsito, embora alicerçadas no mesmo dispositivo do CTB.

Isso posto, passa-se à análise do mérito da *quaestio*.

Esclareça-se que o Curso de Direção Defensiva e Primeiros Socorros no ato da renovação da CNH foi regulamentado outrora pela Portaria n. 181/GAB/SSP e pela Resolução n. 50/98 do Contran, oportunidade em que este Tribunal de Justiça, na mencionada ACMS n. 2000.007551-5, compreendeu inconstitucional a exigência, pautada no art. 150 do CTB, por afronta ao art. 5º, II, da Constituição Federal.

Confira-se, a propósito, trecho da fundamentação do voto condutor do Des. Newton Trisotto:

Ora, de tal sorte, ao nosso sentir, torna-se óbvio que a aplicabilidade do art. 150, do novo Código de Trânsito, está totalmente prejudicada, por dois motivos. Primeiro porque não se faz necessário alegar a sua vigência, para dizer que os cursos nele inseridos somente são exigíveis dos candidatos à primeira habilitação, posto que tal requisito está expresso nos arts. 147 e 148, da Lei. Segundo porque, seria igualmente redundante afirmar que tal exigência estaria afeta aos motoristas infratores, bem como aos pretendentes à obtenção da primeira CNH, que não lograram êxito imediato no seu intento, haja vista que também para estas situações, existe disposição legal expressa no Código, *ex vi* art. 160, e parágrafos e art. 148, § 3º e § 4º, respectivamente.

Diante disto, aliado ao fato de que os exames originariamente previstos no vetado art. 149, também não são exigíveis na renovação das licenças, não nos resta outra saída, senão concluirmos que ao artigo 150 foi tacitamente derogado. Com isso, a regulamentação ao dispositivo referido, oriunda do art. 32, da Resolução n. 50/98, inegavelmente afrontou o art. 5º, II da *Lex Mater*, pois está a exigir que os atuais detentores de carteira de motorista, quando forem renovar suas licenças, submetam-se a exigências sem previsão legal.

O acórdão foi assim ementado:

ADMINISTRATIVO — TRÂNSITO — RENOVAÇÃO DA CARTEIRA DE HABILITAÇÃO — CURSO DE DIREÇÃO DEFENSIVA E PRIMEIROS SOCORROS — SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE — MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO POR ENTIDADE SINDICAL REPRESENTATIVA DAS AUTO-ESCOLAS — DIREITO LÍQUIDO E CERTO INEXISTENTE.

Não viola direito líquido e certo — único amparável via mandado de segurança — das empresas que exploram serviço de auto-escola a suspensão da exigibilidade de submissão dos candidatos à renovação da carteira nacional de habilitação a curso de direção defensiva e de primeiros socorros (Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2000.007551-5, da Capital, rel. Des. Newton Trisotto).

É de ressaltar-se, entretanto, que o posicionamento em questão não é endossado no cenário jurídico atual. Hoje prevalece o entendimento de que “Na renovação da carteira, também é exigido o curso de direção defensiva e de primeiros socorros, isso se o condutor não o frequentou anteriormente, como consta no art. 6º, § 1º, da Res. n. 168”. O veto ao art. 149 não tem o condão de dispensá-lo, porque “Foi simplesmente vetado o dispositivo, pelas razões vistas na análise aos arts. 138, III, e 147, II, e até pelas dificuldades que adviriam na efetivação dos referidos exames [...] No entanto, em face da Lei n. 9.602, que introduziu três parágrafos ao art. 147, tornou-se sem efeito o veto acima, posto que renovadas as exigências. Assim, tanto a periodicidade como a avaliação psicológica e a redução do tempo para a renovação de exame para casos especiais, aparecem nos citados parágrafos do art. 147 [...] Pelo teor do artigo, os habilitados antes do vigente Código, quando renovarem a carteira, previamente submeter-se-ão ao curso. Não interessa que, ao tempo do fornecimento da habilitação, não vigia a disposição” (RIZZARDO, Arnaldo. *Comentários ao código de trânsito brasileiro*. 6. ed. 2007. p. 354-358).

Significa dizer, então, que predomina a orientação de que os habilitados antes da vigência do CTB, pelo teor do art. 150 e do § 1º do art. 6º da Resolução n. 168/04 do Contran, quando renovarem a Carteira de Habilitação ou pleitearem a mudança ou adição de categoria, sujeitar-se-ão previamente ao Curso de Direção Defensiva e de Primeiros Socorros, já exigido daqueles que obtiveram a primeira habilitação a partir de 1998, data da entrada em vigor do Código.

É corrente também que “Inexiste, no caso, direito adquirido, posto que não se está obrigando a formalidade para as habilitações em vigor” (*op. cit.*, p. 358).

Colhe-se da jurisprudência pátria, *mutatis mutandis*:

Dessa forma, segundo a norma em vigência, o condutor que não possua curso de direção defensiva e primeiros socorros deverá fazê-lo, por ocasião da renovação da carteira nacional de habilitação, nos cursos de formação de condutores ou nos cursos ministrados pelo órgão executivo (TJMG, Ap. Cív. n. 1.0024.04.286418-1/001, rel. Des. Eduardo Andrade, j. em 1º-4-2005).

A renovação é, em verdade, uma nova habilitação. Logo, a isenção do curso representaria, isso sim, tratamento desigual com aqueles que a buscam pela primeira vez.

Importa observar, ademais, que, em pesquisa aos Detrans das demais Unidades da Federação, constata-se que referido curso ou a prova teórica, paliativo autorizado na Resolução n. 168/04 do Contran, são exigidos em praticamente todas. Citam-se: Rio Grande do Sul, Paraná, São Paulo, Rio de Janeiro, Minas Gerais, Espírito Santo, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Distrito Federal, Goiás, Acre, Amazonas, Amapá, Pará, Maranhão, Piauí, Ceará, Paraíba, Pernambuco, Alagoas, Sergipe e Bahia.

Dessa forma, parece incoerente que apenas o Estado de Santa Catarina, cuja estatística é uma das piores em acidentes de trânsito, esteja à margem dessa exigência. Aliás, mais despropositado e ilógico parece o fato

de a decisão agravada restringir-se à comarca de Curitiba, tornando-a uma das exceções no universo nacional e, até mesmo, no estadual, já que o referido curso de atualização ou a prova teórica, a contar das Portarias n. 49/Detran/Asjur/2006 e 53/Detran/Asjur/2006, foram também implementados nos outros municípios catarinenses.

É, sem dúvida, difícil a compreensão do porquê a presente ação não ter sido intentada com abrangência estadual pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina.

Por fim, lembra-se, como dito alhures, que o agravo de instrumento cinge-se à verificação do acerto ou desacerto da decisão combatida, pelo que não cabe o esgotamento da análise do mérito.

Coteja-se, a respeito, julgado deste Pretório:

Em sede de agravo de instrumento só se discute o acerto ou desacerto do ato judicial hostilizado, não sendo viável o exame aprofundado de temas relativos ao *meritum causae* (AI n. 1999.017438-7, Des. Eder Graf), sob pena de supressão de um grau de jurisdição (AI n. 2003.025737-3, de Chapecó, rel. Des. Luiz César Medeiros).

E, tratando-se de liminar, basta a investigação da presença de elementos que conduzam ao juízo de verossimilhança quanto ao *fumus boni iuris* (perspectiva de futuro provimento jurisdicional favorável) e ao *periculum in mora* (possibilidade de agravamento do dano pelo inevitável retardamento da prestação jurisdicional).

Diante de todo o exposto, encontra-se ausente o *fumus boni iuris*.

O *periculum in mora* inverso, por seu turno, evidencia-se pelo aparente descompasso entre a comarca de Curitiba e as demais municipalidades estaduais e nacionais.

Assim sendo, é prudente que eventual decisão favorável à pretensão do *Parquet* seja proferida somente ao final, após a necessária e pormenorizada análise do *meritum causae*.

O voto, pois, é pela reforma da decisão agravada e, por via de consequência, pelo provimento do recurso.

DECISÃO

Nos termos do voto do Relator, a Câmara decidiu, por votação unânime, prover o recurso do Estado de Santa Catarina.

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz e Newton Janke. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Raulino Jacó Brüning.

Florianópolis, 17 de maio de 2007.

Vanderlei Romer
PRESIDENTE E RELATOR

APELAÇÕES CÍVEIS

Apelação Cível n. 2006.011311-6, de Pomerode

Relator: Des. Volnei Carlin

APELAÇÃO CÍVEL — AÇÃO CIVIL PÚBLICA – PRELIMINAR — IMPOSSIBILIDADE DO USO DAS NORMAS PROCESSUAIS PREVISTAS NA LEI N. 7.347/85 PARA A APURAÇÃO DE ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA — AFASTAMENTO.

A Constituição da República, ao tratar das funções institucionais do Ministério Público, viabiliza a propositura de ação civil pública para a proteção de interesses difusos e coletivos de modo geral, incluindo-se, por óbvio, aqueles atinentes à Lei n. 8.429/92. Assim, é facultado ao representante do *Parquet* valer-se das normas processuais previstas na Lei n. 7.347/85 para a aplicação das reprimendas previstas na Lei de Improbidade Administrativa.

INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI N. 8.429/92 – USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA LEGISLATIVA DOS ESTADOS – NORMA DE CUNHO PROCESSUAL E CIVIL – VÍCIO MATERIAL INOCORRENTE – INTELIGÊNCIA DO ART. 22, INCISO I, DA CARTA MAGNA.

A competência para legislar sobre sanções civis previstas na Lei de Improbidade Administrativa, bem como seu processo judicial, é privativa da União, consoante determina o art. 22, I, da Lei Fundamental. Destarte, referida Lei é de âmbito nacional e tem como finalidade a repressão da improbidade administrativa nas três esferas da Federação.

INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI N. 8.429/92 – EIVA FORMAL – PROJETO DE LEI QUE ORIGINOU O DIPLOMA – TRAMITAÇÃO IRREGULAR NO CONGRESSO NACIONAL – AFRONTA AO PRINCÍPIO DO BICAMERALISMO – INEXISTÊNCIA – ADIN N. 2.182-6 EM ANDAMENTO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

O Projeto n. 01446/91, cujo teor deu origem à Lei n. 8.429/92, foi aprovado pela Câmara dos Deputados (Casa Iniciadora) e, na seqüência, remetido ao Senado Federal (Casa Revisora). Nesse último, foi proposto o denominado substitutivo, retornando, em seguida, à apreciação da Câmara (art. 65, parágrafo único, da CRFB/88). Essa, por sua vez, rechaçou grande parte das modificações empreendidas, aprovou alguns dispositivos destacados e, por fim, encaminhou o projeto à sanção presidencial.

Inexistiu, portanto, ofensa ao princípio do bicameralismo, já que, ao aproveitar trechos do substitutivo e inseri-los no projeto de lei final, a Câmara dos Deputados exerceu a prerrogativa que lhe é conferida pelo art. 190 do seu Regimento Interno.

ADMINISTRATIVO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS – FRAUDE – DIRECIONAMENTO – CLÁUSULAS RESTRITIVAS DO CARÁTER COMPETITIVO DOS CERTAMES – OBJETO CONTRATUAL IMPRECISO – SUPERFATURAMENTO DOS PREÇOS PRATICADOS – MÁ-FÉ DA CONTRATADA – VÍNCULO POLÍTICO EXISTENTE ENTRE OS ENVOLVIDOS – LESÃO AO ERÁRIO CONFIGURADA.

Constituem atos de improbidade administrativa, inculpidos no art. 10 da Lei n. 8.429/92, as condutas dos agentes que, em conluio, promovem expedientes tais como o desdobramento

de despesas, a escolha da modalidade licitatória mais simples, a estipulação de objeto contratual impreciso e o superfaturamento de preços, a fim de consagrar vencedora em licitações e, principalmente, facilitar o proveito patrimonial de empresa da qual aliado político é sócio-cotista.

ACÇÃO CIVIL PÚBLICA – PRÁTICA DE IRREGULARIDADES ADMINISTRATIVAS – CERTAMES SUCESSIVOS – CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE CONSULTORIA – PRESSUPOSTO DE FATO AUTORIZADOR DA DEFLAGRAÇÃO – NECESSIDADE DO MISTER EXECUTADO PELO PARTICULAR – INOCORRÊNCIA – TEORIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES.

O motivo é a circunstância de fato que autoriza o agente público a praticar determinado ato administrativo. Consubstancia, por conseguinte, uma situação do mundo empírico que deve ser levada em consideração para o agir da Administração. Com efeito, quando inexistente previsão legal, o agente tem liberdade de escolha do pressuposto em vista do qual o editará. Contudo, à luz da teoria dos motivos determinantes, se sua atuação embasar-se na ocorrência de determinada situação, a validade do ato dependerá da consumação do motivo que houver sido veiculado.

Vislumbra-se, *in casu*, que os serviços prestados pela empresa apelante eram absolutamente despiciendos, uma vez que já eram executados por servidores da Prefeitura Municipal. Desse modo, conclui-se que o motivo que foi invocado pelos alcaides para a deflagração dos certames era inexistente, fato que permite a invalidação dos procedimentos pelo Poder Judiciário.

ACÇÃO CIVIL PÚBLICA – ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – LICITAÇÃO – DESVIO DE FINALIDADE –

ANULAÇÃO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS – EFEITOS *EX TUNC* – DEVOUÇÃO INTEGRAL DOS VALORES PERCEBIDOS – POSSIBILIDADE – MÁ-FÉ COMPROVADA – OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E MORALIDADE – ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA DO MUNICÍPIO – INOCORRÊNCIA.

O princípio da vedação do locupletamento ilícito, cujo teor tem suas raízes na equidade e na ética, não pode ser invocado por quem celebrou avença com a Município, violando os preceitos mais comezinhos da Administração Pública, e agindo, por conseguinte, imbuído de comprovada má-fé.

Nessa última hipótese, a devolução integral dos valores percebidos em virtude do contrato é medida que se impõe, já que a anulação do acordo opera efeitos *ex tunc*. Vislumbrar outro norte seria tornar legítimo o constante descumprimento dos princípios da juridicidade e da moralidade, fazendo com que sejam sistematicamente suscitados os possíveis benefícios auferidos pelo ente público, o que relegaria a infringência dos vetores básicos da probidade a plano secundário.

AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – DEPUTADO FEDERAL – SÓCIO-COTISTA – EMPRESA QUE FIRMA CONTRATO COM PODER PÚBLICO – AVENÇA DESTITUÍDA DE CARÁTER UNIFORME – INCOMPATIBILIDADE NEGOCIAL – INCIDÊNCIA – DICÇÃO DO ART. 54, I, *a*, DA CARTA MAGNA.

Consoante pontifica o art. 54, I, *a*, da Lei Maior, a incompatibilidade negocial se reveste de utilidade para permitir que a legislatura seja levada a efeito sem percalços, embaraços e tropeços. Evita, portanto, que a condição do parlamentar e mormente, a

sua força política, influencie na celebração de contratos com o Poder Público.

Destarte, não haveria lógica em cingir o comando proibitivo exclusivamente aos sócios com poderes de gerência, uma vez que, assim como os administradores, os cotistas auferem lucros com a prosperidade da pessoa jurídica da qual fazem parte.

CONDUTAS ÍMPROBAS – SUBSUNÇÃO AOS ARTS. 10 E 11 DA LEI N. 8.429/92 – CUMULAÇÃO DAS SANÇÕES – IMPOSSIBILIDADE – *BIS IN IDEM*.

Como é cediço, as reprimendas oriundas da prática de infrações que atentam contra os princípios da Administração Pública só têm assento quando essas forem perpetradas isoladamente, ou seja, quando não se subsumirem à tipificação definida nos arts. 9º e 10 da Lei n. 8.429/92. Caso contrário, inevitavelmente, qualquer um dos ilícitos esculpido nos citados dispositivos legais implicaria o enquadramento também no art. 11, já que toda conduta ímproba redundaria na violação dos deveres de honestidade, legalidade e probidade.

PARLAMENTAR — PERDA DO MANDATO ELETIVO — DECRETAÇÃO PELA SENTENÇA *A QUO* — ATRIBUIÇÃO EXCLUSIVA DA CÂMARA DOS DEPUTADOS — ATO VINCULADO E MERAMENTE DECLARATÓRIO DA RESPECTIVA MESA — IRREGULARIDADE — AFASTAMENTO DA REPRIMENDA.

A extinção de mandato eletivo é atribuição exclusiva da Câmara, muito embora tenha — nas condenações judiciais pela prática de atos ímprobos que determinem a suspensão dos direi-

tos políticos, tal qual a presente — natureza vinculada e cunho meramente declaratório.

No entanto, a simples circunstância de a autoridade judicial ter imposto a sanção em apreço não tem condão de, por si só, eivar a totalidade do julgado. Trata-se, por conseguinte, de irregularidade, sanável neste grau de jurisdição.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2006.011311-6, da comarca da Pomerode, em que são apelantes Henrique Drews Filho e outros, e apelado o Ministério Público do Estado de Santa Catarina:

ACORDAM, em Primeira Câmara de Direito Público, por votação unânime, não conhecer do apelo de Reimund Viebrantz, estendendo-lhe, todavia, por força do art. 509 do Código de Processo Civil, os efeitos do presente acórdão; rejeitar as preliminares e dar parcial provimento aos recursos. Custas na forma da lei.

RELATÓRIO

O Ministério Público do Estado de Santa Catarina intentou ação civil pública contra Henrique Drews Filho, Reimund Viebrantz, Magrit Krueger, Urbe Engenharia e Consultoria Ltda., João Alberto Pizzolatti Junior e Ariel Arno Pizzolatti, objetivando a aplicação das sanções descritas na Lei n. 8.429/92, em razão da reiterada prática de atos de improbidade administrativa.

Narrou a exordial que, entre os anos de 1997 e 2001, mediante a deflagração de sucessivos procedimentos licitatórios viciados, o município de Pomerode — representado pelos réus Henrique, Reimund e Magrit, os quais ocupavam, durante o interregno, o cargo de Chefe do Poder Executivo

Municipal – contratou a empresa Urbe Engenharia e Consultoria Ltda., de propriedade dos irmãos Ariel e João Alberto, esse último deputado federal, a fim de que prestasse serviços de assessoria e consultoria técnica na área de financiamento e desenvolvimento urbano.

Sustentou, no entanto, que as avenças firmadas entre ambos tinham como escopo unicamente subtrair expressivo numerário dos cofres públicos, por meio do emprego de uma série de subterfúgios, tais quais o direcionamento das licitações, a estipulação, nos editais dos certames, de objetos contratuais imprecisos e, ainda, o superfaturamento dos preços praticados. Assim, ante a configuração dos atos descritos nos arts. 9º, *caput*, 10, V, VIII e XII, e 11 da Lei n. 8.429/92, pleiteou a condenação dos demandados nas reprimendas inculpidas no art. 12, I, II e III, do mesmo Diploma.

Devidamente notificados, os réus apresentaram defesa prévia, às fls. 612-619, 620-627, 657-66, 677-680, 683-712, oportunidade em que João Alberto e Henrique argüiram, em sede preliminar, a inépcia da inicial, em razão do rito adotado pelo *Parquet*, e Reimund, por sua vez, a incompetência absoluta do juízo singular, a ofensa à garantia do juiz competente e, por derradeiro, a ilegitimidade do Ministério Público para figurar no pólo ativo da demanda.

Na seqüência, a Togada *a quo* rechaçou as proemiais aventadas, recebeu a peça vestibular e determinou a citação dos requeridos (fls. 1.242-1.248).

Na qualidade de litisconsorte, informou o município de Pomerode estar ciente do inteiro teor da *actio*, e asseverou, por conseguinte, que a acompanharia até seus ulteriores termos.

Às fls. 498-507, 1.260-1.299, 1.305-1.313, 1.318-1.329, Magrit, Reimund, João Alberto, Ariel e Urbe Engenharia e Consultoria Ltda., respectivamente, ofertaram contestação rebatendo, *in totum*, as imputações contra si impingidas. De outra ponta, Henrique Drews Filho deixou de

apresentar resposta e pugnou, em virtude de suas condições de saúde, pela abertura de novo prazo para manifestação (fls. 1.407-1.408). Posteriormente, com fulcro na mesma motivação, pleiteou o sobrestamento do feito.

João Alberto Pizzolatti Junior acostou aos autos cópia de reclamação intentada no Supremo Tribunal Federal (fls. 1.352-1.402), o qual reconheceu a competência do juízo singular para processar e julgar ação civil pública por improbidade administrativa praticada, em tese, por parlamentar (fls. 1.691-1.694).

Em seguida, às fls. 1.456-1.459, a autoridade judicial monocrática, examinando as razões invocadas pelas partes, afastou as prefaciais suscitadas e decretou a revelia do réu Henrique Drews Filho. Inconformado, este interpôs agravo de instrumento, ao qual foi negado provimento (fls. 1.509-1.519). Mais uma vez, o demandado manejou recurso especial em agravo de instrumento, que, em juízo de admissibilidade, não foi admitido (fl. 1.603).

Na audiência de instrução e julgamento, procedeu-se à oitiva das testemunhas Lodemar Krueger (fls. 1.631-1.634), Guiomar Ehlert (fls. 1.635-1.636), Roseana Longhard (fls. 1.637-1.638) e Jaime Eduardo Jensen (fls. 1.639-1.640), e foi dispensado o depoimento pessoal dos acionados.

Às fls. 1.647-1.679, o Ministério Público apresentou, por memoriais, as alegações finais, no que foi secundado pelos réus (fls. 1.711-1.720, 1.726-1.738, 1.740-1.759, 1.761-1.773 e 1.785-1.790).

O Município litisconsorte, por sua vez, cientificou-se acerca do arcabouço probatório amealhado, bem como aduziu que nada tinha a acrescentar aos fatos narrados e às alegações apresentadas (fl. 1.707).

Sentenciando (fls. 1.821-1.874), a Magistrada *a quo* julgou integralmente procedentes os pleitos ministeriais, para, em atenção aos princípios

esculpidos no art. 37, *caput*, da Carta Magna, declarar nulos os Certames n. 019-97, 001-98, 023-98, 017-99, 002-00 e 002-01, bem como os contratos deles resultantes, firmados entre o município de Pomerode e a empresa Urbe Engenharia e Consultoria Ltda. Reconheceu, ainda, tais atos como de improbidade administrativa, previstos nos arts. 9º, *caput*, 10, incisos VIII e XII, e 11, *caput*, todos da Lei n. 8.429/92.

Para tanto, condenou o réu Henrique Drews Filho: a) ao ressarcimento integral e solidário do dano equivalente à totalidade dos valores pagos pelo Município à empresa Pizzolatti / Urbe Engenharia e Consultoria Ltda., relativos às Licitações n. 019/97, 001/98, 023/98, 017/99 e 002/00, acrescidos de juros e correção monetária a partir dos pagamentos efetuados; b) à perda da função pública, para eventual cargo ou função assumida entre a data da publicação da sentença e a data do seu trânsito em julgado; c) à suspensão, por força dos incisos II e III do artigo 12 da Lei n. 8.429/92, dos direitos políticos pelo prazo de 8 (oito) anos; d) ao pagamento de duas multas civis; e) à 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 8 (oito) anos.

No tocante ao requerido João Alberto Pizzolatti Junior, condenou-o: a) ao ressarcimento integral e solidário do prejuízo impingido ao erário; b) à perda da função pública; c) à suspensão dos direitos políticos pelo interregno de 9 (nove) anos; d) ao pagamento de duas multas civis; e) à 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 8 (oito) anos.

No atinente a Ariel Arno Pizzolatti, por sua vez, a autoridade judicial monocrática condenou-o: a) à restituição integral e solidária do dano cau-

sado; b) à suspensão dos direitos políticos pelo prazo de 9 (nove) anos; c) ao adimplemento de uma penalidade civil; d) à 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 8 (oito) anos.

No que tange à empresa Urbe Engenharia e Consultoria Ltda., condenou-a: a) ao ressarcimento integral e solidário do dano equivalente à totalidade dos valores que foram pagos pelo Município a seus proprietários, Ariel Arno Pizzolatti e João Alberto Pizzolatti Junior; b) ao adimplemento de uma multa civil; c) à 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 sócia majoritária, pelo prazo de 5 (cinco) anos.

Ao demandado Reimund Viebrantz, impôs: a) o ressarcimento integral e solidário do prejuízo sofrido pelos cofres públicos; b) a perda de função ou cargo público assumido entre a data da publicação da sentença e a data do seu trânsito em julgado; c) a suspensão dos direitos políticos pelo interregno de 8 (oito) anos; d) o pagamento de duas multas civis; e) a 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 8 (oito) anos.

Por derradeiro, no que pertine à ré Magrit Krueger, impôs: a) a restituição integral e solidária do dano equivalente à totalidade dos valores pagos pelo Município à empresa Pizzolatti / Urbe Engenharia e Consultoria Ltda., relativos à Licitação n. 002/01, acrescidos de juros e correção monetária a partir dos pagamentos efetuados; b) a perda de função ou cargo público, inclusive se assumido entre a data da publicação da sentença e a data do seu trânsito em julgado; c) o pagamento de duas multas civis; e

d) a 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 sócia majoritária, pelo prazo de 8 (oito) anos.

Irresignados, todos os réus apelaram.

João Alberto Pizollatti alega, em sede preliminar, a incompetência absoluta do juízo, por força da nova redação do art. 84, § 2º, do Código de Processo Penal, outorgada pela Lei n. 10.628/02. No mérito, argumenta que não detinha poderes de gerência sobre a empresa co-ré, motivo pelo qual não cometeu nenhum ato de improbidade. Sustenta que o fato de ocupar o cargo de deputado federal não impede que a empresa, da qual é sócio-cotista, firme contratos com o Poder Público. Ressalta, por fim, a severidade das sanções impostas e pugna pela reforma integral do *decisum* (fls. 1.884-1.908).

Ariel Arno Pizollatti e Urbe Engenharia e Consultoria Ltda. aduzem que a escolha dessa última nos procedimentos licitatórios que se sucederam nos anos de 1997 a 2000 foi, de fato, acertada, já que é considerada especialista na área. Salientam, também, a adequação da escolha da modalidade de certame, uma vez que todos os requisitos legais foram adimplidos. Asseveram que inexistiu superfaturamento de preços, bem como locupletamento ilícito, uma vez que os serviços prestados pela Urbe Engenharia e Consultoria Ltda. fomentaram o envio de recursos estaduais e federais ao município de Pomerode. Defendem que todas as contas do município de Pomerode foram aprovadas sem ressalvas pelo Tribunal de Contas e, em razão disso, não há falar no cometimento de atos de improbidade administrativa. Destacam, por fim, a severidade das cominações impostas (fls. 1.911-1.937).

Henrique Drews Filho argumenta que suas contas foram aprovadas pelo Tribunal de Contas, razão pela qual não ficou configurada nenhuma

das condutas descritas nos arts. 9º, 10 e 11 da Lei n. 8.429/92. Sublinha a carência probatória no que pertine aos prejuízos eventualmente sofridos pelo erário. Aduz que a participação do demandado João Alberto Pizzolatti na empresa Urbe não pode ser fundamento para a anulação do contrato (fls. 1.941-1.950). Pleiteou a nulidade do feito por falta de citação dos membros da comissão licitante. Ao final, ratificou as proemias suscitadas nas alegações finais.

Magrit Krueger argúi, preliminarmente, a inconstitucionalidade das disposições da Lei n. 8.429/92 e a nulidade da sentença, ante a configuração de cerceamento de defesa. No mérito, assevera que o certame levado a cabo sob os seus cuidados em nada se assemelhou aos anteriores, uma vez que dele participaram empresas sediadas no município de Pomerode. Salienta que fiscalizou, por intermédio de seus prepostos, o trabalho desenvolvido pela empresa co-ré, bem como as horas laboradas por Ariel Arno Pizzolatti. Sublinha a inexistência de ilegalidade ou dano ao patrimônio público. Reconhece que tais atos, quando muito, decorreram de sua inabilidade como alcaide, de modo que não há dolo ou culpa em sua conduta. Salienta a impossibilidade de o Poder Judiciário imiscuir-se no mérito do ato administrativo. Pleiteia, por fim, a improcedência da *actio* (fls. 2.010-2.036).

Reimund Viebrantz alega, inicialmente, que a competência para processar e julgar atos de improbidade administrativa perpetrados por prefeitos é do Tribunal de Justiça. Ressalta, também, a inadequação do rito da ação civil pública para perseguir o ressarcimento de prejuízos impostos aos cofres públicos. Requer, ainda, a nulidade do feito, uma vez que os membros da comissão licitante não foram inseridos no pólo passivo da demanda. No mérito, destaca que tão-somente homologou o resultado do certame, motivo pelo qual não possui responsabilidade sobre ele. Assevera que o serviço foi efetivamente prestado pela Urbe Engenharia, de modo que inexistiu prejuízo. Salienta, por derradeiro, a excessividade dos

valores contra si impostos a título de multa civil, já que não obedeceram ao princípio da capacidade contributiva. Ao final, pugna pela reforma da sentença (fls. 2.038-2.101).

Com as contra-razões (fls. 2.327-2.391), ascenderam os autos a esta Corte e a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Anselmo Jerônimo de Oliveira, opinou pelo conhecimento e desprovimento dos recursos (fls. 2.414-2.458).

No mais, o processo, em suas diferentes fases, encontra-se formalmente correto.

VOTO

A controvérsia em apreço trata do suposto cometimento de atos de improbidade administrativa insculpidos nos arts. 9º, *caput*, 10, V, VIII e XII, e 11 da Lei n. 8.429/92, pelos recorrentes João Alberto Pizzolatti Junior, Ariel Arno Pizzolatti, Urbe Engenharia e Consultoria Ltda., Henrique Drews Filho, Reimund Viebrantz e Magrit Krueger.

Inicialmente, cumpre destacar que, em análise dos requisitos de admissibilidade dos recursos, o apelo interposto por Reimund Viebrantz inobservou o disposto no art. 511 do Código de Processo Civil. Isso porque, conforme se depreende da certidão de fl. 2.410, o apelante não efetuou o preparo, e tampouco lhe foi concedido o benefício de assistência judiciária.

Assim sendo, o não-conhecimento de sua insurgência é medida que se impõe, uma vez que fulminada pela deserção. Nesse sentido, extrai-se:

2. RECURSO DA LITISDENUNCIADA. JUNTADA DE GUIA DE RECOLHIMENTO JUDICIAL RESUMIDA -- GRJ REFERENTE A OUTRO PROCESSO. RASURA GROSSEIRA, À CANETA, SOBRE O NÚMERO DO PROCESSO. NÚMERO DO PRESENTE FEITO ESCRITO LOGO ABAIXO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO RESPECTIVO PREPARO.

INTELIGÊNCIA DO ART. 511 DO CPC. DESERÇÃO (Ap. Cív. n. 1999.021303-0, da Capital, rel. Des. Jorge Schaefer Martins, j. em 7-4-2005).

Não se conhece, portanto, do recurso manejado por Reimund Viebrantz.

Feitas tais considerações, impende apreciar as prefaciais aventadas pelos demais apelantes.

Como visto, João Alberto Pizzolatti Junior e Henrique Drews Filho alegam a incompetência absoluta do Juízo *a quo* para processar e julgar o feito, já que, à época dos fatos, ambos eram agentes políticos – este prefeito municipal e aquele deputado federal. Destacam que, por força da redação do art. 84, §§ 1º e 2º, do Código de Processo Penal, outorgada pela Lei n. 10.628/02 possuem foro por prerrogativa de função nas ações de improbidade administrativa, motivo pelo qual pleiteiam a remessa dos autos aos tribunais respectivos.

A questão, todavia, não suscita mais debates, pois já equacionada em sua inteireza pelo Pretório Excelso, na ADin n. 2.797, julgada em 15-9-2005 e publicada em 19-12-2006.

Naquele feito, os Ministros declararam a inconstitucionalidade dos dispositivos legais invocados pelos recorrentes, por considerarem que a ampliação das regras atinentes ao foro privilegiado é matéria de alçada exclusiva do Constituinte. Se não, veja-se:

III. Foro especial por prerrogativa de função: extensão, no tempo, ao momento posterior à cessação da investidura na função dele determinante. Súmula 394/STF (cancelamento pelo Supremo Tribunal Federal). Lei n. 10.628/2002, que acrescentou os §§ 1º e 2º ao artigo 84 do Código Processo Penal: pretensão inadmissível de interpretação autêntica da Constituição por lei ordinária e usurpação da competência do Supremo Tribunal para interpretar a Constituição: inconstitucionalidade declarada. [...] 5. De outro lado, pretende a lei questionada equiparar a ação de improbidade

administrativa, de natureza civil (CF, art. 37, § 4º), à ação penal contra os mais altos dignitários da República, para o fim de estabelecer competência originária do Supremo Tribunal, em relação à qual a jurisprudência do Tribunal sempre estabeleceu nítida distinção entre as duas espécies[...] (ADIn n. 2.797/DF, Tribunal Pleno, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 15-9-2005).

Com efeito, a aludida preliminar não merece prosperar, uma vez que o *decisum* da Suprema Corte é vinculante e opera efeitos *erga omnes*.

O apelante Henrique veicula, também, as proemiais de cerceamento de defesa, de nulidade da decisão que decretou sua revelia e, ainda, de impossibilidade jurídica do pedido, ante a inadequação do rito da Lei n. 7.347/85 para pleitear a cominação das reprimendas descritas na Lei n. 8.429/92.

Salienta o sucumbente que, após a citação, sofreu uma moléstia grave, comprovada por meio de atestado médico, que lhe impossibilitou oferecer contestação. Em razão disso, requereu o sobrestamento do feito e a produção de prova pericial, a fim de comprovar o seu estado de saúde combalido.

Todavia, às fls. 1.498-1.499, a autoridade judicial achou por bem indeferir o pedido e decretar-lhe a revelia. Vislumbra o apelante que tal providência viola sobremaneira as garantias da ampla defesa e do contraditório, insculpidas no art. 5º, LV, da Carta Magna, motivo pelo qual pugna pela anulação do processado.

Razão, contudo, não lhe assiste.

O prazo para o oferecimento de resposta à peça vestibular começou a fluir em 1º-11-2002 e foi contado em dobro em razão da existência de litisconsortes com procuradores distintos, conforme alude o art. 191 do Código de Processo Civil.

No entanto, somente em 29-11-2002 o causídico de Henrique informou ao Juízo que seu cliente estava incapacitado, oportunidade em que acostou aos autos dois atestados médicos unilaterais. Um deles, datado de 6-11-2002 (fl. 1.409), da lavra do médico cardiologista Walter da Luz (CRM 1.675), atesta que o recorrente sofrera uma crise de hipertensão arterial e, por isso, deveria permanecer em repouso por três dias. O outro, quase ilegível, exarado em 18-11-2002 pelo psiquiatra Hercílio Luz Costa (CRM 674), prescreve descanso pelo lapso de sessenta dias, em razão da ocorrência de episódios depressivos, CID F. 32.2 (fl. 1.410).

Ultimado o interregno para defesa, em 3-2-2003, o procurador reiterou o pedido alegando a continuidade do mal que acometia Henrique Drews Filho. Pleiteou, enfim, a realização de perícia sem, no entanto, esclarecer a doença que o infligia.

Ora, nem de longe o recorrente logrou êxito em demonstrar que seu estado de saúde o impossibilitou de exercer o direito de defesa. Pelo contrário, o que se apanha dos autos é que, por meio da firme e combativa atuação de seus procuradores, Henrique usou de todos os mecanismos processuais, inclusive recursais, para contestar as imputações que lhe foram imprecadas na peça inaugural.

O pedido, interpreta-se, tinha nítido fim procrastinatório e merecia pronto indeferimento. A um, porque a determinação de repouso, prescrita por médico, não caracteriza, por si só, a incapacidade de o apelante contestar o feito. A dois, porque, se estava acometido de doença tão severa, não poderia, na mesma medida, ter constituído advogado para requerer a realização de prova pericial.

Somam-se tais evidências ao incidente noticiado às fls. 1.792-1.817, segundo o qual tanto o apelante quanto o seu causídico foram condenados criminalmente por ocultar os autos da Ação Civil Pública n. 050.98.001368-2, na qual Henrique também figura como réu. O vere-

dicto, muito embora não tenha transitado em julgado, quando apreciado em cotejo com os elementos ora apresentados, conduz à conclusão de que o recorrente se valeu, sim, de manobra marcadamente protelatória.

Vale ressaltar, ademais, que, não obstante tenha sido decretada a sua revelia, em momento algum o insurgente, por seu procurador, deixou de peticionar nos autos; pelo contrário, interveio durante todo o curso da marcha processual para refutar as imputações que lhe foram impingidas na vestibular.

Inconsistentes, portanto, as alegações de cerceamento de defesa e de nulidade da decisão interlocutória atacada.

No que diz respeito à preliminar de impossibilidade jurídica do pedido, em virtude do emprego da ação civil pública para sancionar agente autor de improbidade administrativa, tem-se, igualmente, que a prefacial deve ser afastada.

Como é cediço, a possibilidade, ou não, de o Órgão Ministerial, por meio da ação civil pública, proteger o erário já foi amplamente debatida nesta Corte, até mesmo pelo Superior Tribunal de Justiça, apontando-se, de forma uníssona, à viabilidade do representante do *Parquet* utilizar-se das normas processuais lançadas na Lei n. 7.347/85 para a aplicação, contra agente público ímprobo, das sanções previstas na Lei n. 8.429/92.

A Carta Política, no art. 129, inciso III, ao tratar das funções institucionais do Ministério Público, viabiliza a propositura de ação civil pública, bem assim de inquérito civil, para a tutela de interesses difusos e coletivos de modo geral.

No mesmo rumo, como não poderia deixar de ser, foram editadas as Leis n. 8.625/93 (art. 25, inciso IV) e n. 197/00 (art. 82, inciso VI), respectivamente Lei Orgânica Nacional do Ministério Público e Lei Orgânica do Ministério Público do Estado de Santa Catarina.

Além disso, a determinação do art. 21 da Lei n. 7.347/85 é clara no sentido de que, para a defesa de interesses ou direitos difusos -- conceituados no art. 81, parágrafo único, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor —, aplicam-se as disposições deste Código, a exemplo da admissibilidade de qualquer espécie de ação capaz de tutelar efetivamente tais interesses (art. 83, CDC). É impossível, portanto, elidir a razoabilidade da utilização da presente *actio*, para os fins aqui pretendidos.

Nessa linha, leciona Fábio Medina Osório:

Veja-se que a Constituinte de 1988 quebrou o sistema anterior, no qual as ações civis públicas eram conferidas ao Ministério Público caso a caso, por leis expressas, ampliando tal titularidade, destinando a ação civil pública, agora, à proteção do patrimônio público e social, e de outros interesses coletivos e difusos, consagrando-se norma de extensão na própria Lei n. 7.347/85.

Não procede, pois, eventual alegação de que a ação civil da Lei número 8.429/92 seria absolutamente incompatível com o alcance da Lei número 7.347/85, porquanto esta última contém cláusula que permite sua utilização para defesa do patrimônio público lato sensu.

[...]

Quanto à forma, não há dúvidas de que o legislador instituiu claramente a ação civil pública para a obtenção da sanção em exame, sendo ponderável que também a denominação de ação civil de improbidade seja passível de aceitação, mormente quando ajuizada por Pessoa Jurídica outra que não o Ministério Público (*Improbidade Administrativa*. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 1998. p. 233-253) (grifo nosso).

Outro não é o entendimento desta Corte:

PROCESSUAL CIVIL — AÇÃO CIVIL PÚBLICA — IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA — INADEQUAÇÃO DO RITO PROCESSUAL — ILEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO — PRELIMINARES AFASTADAS.

1. A higidez do erário municipal enquadra-se na categoria dos interesses difusos, legitimando o Ministério Público para promover

o inquérito civil e a ação civil pública com o objetivo de defender o patrimônio pertencente a toda a sociedade. A Constituição Federal (art. 129, inc. III) ampliou a legitimação ativa do Ministério Público para autorizá-lo a propor Ação Civil Pública na defesa desses interesses.

2. Não há qualquer óbice legal à utilização da ação civil pública como meio processual para as demandas aforadas com substrato na Lei n. 8.429/92. Além de o rito estabelecido no art. 17 dessa norma ser o mesmo observado na Lei n. 7.347/85 (a partir da contestação), há perfeita sintonia entre o objeto tutelado por uma e por outra (Ap. Cív. n. 2004.028119-0, de Pomerode, rel. Des. Luiz César Medeiros, j. em 10-10-2006).

O Superior Tribunal de Justiça não destoa:

ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INDICAÇÃO DE PRÁTICA DE IRREGULARIDADES ADMINISTRATIVAS. APROVAÇÃO DAS CONTAS PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. JULGAMENTO DE NATUREZA ADMINISTRATIVA. VINCULAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS. EXCLUSÃO DE APRECIACÃO PELO PODER JUDICIÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. POSSIBILIDADE DO PEDIDO.

[...]

8. Ao Ministério Público a CF/1988 cometeu, no art. 127, a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Prevê a Lei Maior como função institucional do *Parquet* a utilização de ação civil pública para a proteção do patrimônio público. A Lei n. 8.249/92 atribui-lhe a função de processar o responsável por ato de improbidade administrativa para que lhe sejam aplicadas as sanções civis ali previstas. Diante de ato caracterizado como de improbidade administrativa, inadmissível que o Ministério Público não tome providências, assistindo inerte à aplicação indevida do dinheiro público. A provocação do Judiciário para apuração de irregularidades constatadas é não apenas um poder, mas um dever do *Parquet* no exercício de suas funções institucionais (REsp. n. 472399/AL, rel. Min. José Delgado, j. em 26-11-2002).

Assim sendo, é de ser repelida a proemial de impossibilidade jurídica do pedido, uma vez que inexistente óbice legal à utilização da ação civil pública como instrumento processual para as contendas intentadas com substrato na Lei n. 8.429/92.

De outra ponta, pugna o apelante Henrique Drews Filho, também, pela nulidade do feito, pois, a seu ver, os integrantes da comissão dos certames deveriam figurar no pólo passivo da demanda, de acordo com o que preleciona a Lei n. 8.666/93.

Contudo, melhor sorte não o socorre.

O art. 51, § 3º, do mencionado Diploma, prevê, de fato, que os membros das comissões de licitação responderão solidariamente por todos os atos por essas praticados, salvo se a posição individual divergente estiver fundamentada e registrada em ata lavrada na reunião em que tiver sido tomada.

Todavia, comentando o dispositivo arrolado, Marçal Justen Filho preleciona:

A responsabilidade solidária dos membros da comissão não independe de culpa. O sujeito apenas pode ser responsabilizável na medida em que tenha atuado pessoal e culposamente para a concretização do ato danoso ou desde que tenha omitido (ainda que culposamente) os atos necessários a evitá-lo. Se o sujeito, por negligência, manifesta sua concordância com ato viciado, torna-se responsável pelas conseqüências. *Se, porém, adotou as precauções necessárias e o vício era imperceptível não obstante a diligência empregada, não há responsabilidade pessoal* (grifo nosso) (*Comentários à lei de licitações e Contratos Administrativos*. 9. ed. São Paulo: Dialética, 2002. p. 452).

A responsabilização dos agentes públicos integrantes das comissões é, portanto, de natureza subjetiva, à medida que exige, para a sua configuração, a presença de dolo ou culpa.

Nessa senda, inexistem nos autos em epígrafe subsídios probatórios aptos a indicar que a conduta dos servidores estava imbuída do necessário elemento volitivo. Ausentes tanto o dolo quanto a culpa, conclui-se que os agentes públicos em questão não passavam de meros executores dos atos, comandados pela mão férrea do apelante.

Ademais, não se pode olvidar que o então Prefeito Henrique Drews Filho foi o responsável pelo ordenamento das despesas ilegais, pela homologação dos certames e, ainda, pela autorização dos pagamentos efetuados à empresa Urbe Engenharia e Consultoria Ltda.

Em caso análogo ao presente, já se pronunciou a Câmara:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA -- LITISCONSÓRCIO PASSIVO INEXISTENTE -- LEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM* DOS BENEFICIÁRIOS -- DISPOSIÇÃO LEGAL EXPRESSA.

Acerca do alegado litisconsórcio passivo necessário, consigne-se que tal assunto já foi objeto de estudo em decisão interlocutória, motivo pelo qual, não tendo sido apresentado o recurso cabível, a matéria não pode ser ressuscitada no presente momento.

Apenas para não restarem dúvidas, consigne-se que, especialmente conforme a prova documental carreada, quem ordenou as despesas, assentou o empenho autorizando o pagamento da dívida e homologou o procedimento foi o então Prefeito Municipal.

Nos moldes do art. 3º, da Lei n. 8.429/92, tanto a empresa recorrente quanto seus sócios devem figurar no feito como demandados, pois foram beneficiados na licitação atacada, ainda que indiretamente (Ap. Cív. n. 2001.005648-8, de Porto União, rel. Des. Volnei Carlin, j. em 4-4-2002).

Rechaça-se, portanto, a mencionada eiva.

Por derradeiro, verifica-se que a recorrente Magrit Krueger, em sede preliminar, suscitou a inconstitucionalidade material e formal da Lei de Improbidade, ante a infringência dos arts. 18, 24 e 65 da Constituição da República.

Para tanto, argumenta que o diploma em comento traz em seu bojo normas de cunho administrativo e, em razão disso, não caberia à União legislar acerca das sanções aplicáveis aos agentes públicos dos demais Entes Federativos. Assevera, ainda, que a norma padece igualmente de vício formal, uma vez que, à época da tramitação do projeto no Congresso Nacional, não foi observado o princípio do bicameralismo. Destaca, outrossim, que a expressão “culposa” inserta no *caput* do art. 10 da Lei n. 8.429/92 é inconstitucional, já que, a seu ver, desonestidade implica conduta dolosa, por isso não se coaduna a noção de culpa com o conceito de improbidade.

As ilações, contudo, não merecem guarida.

Conforme pontifica o art. 22, I, da Carta Magna, compete privativamente à União legislar sobre direito civil e processual. Com efeito, sendo a Lei n. 8.429/92 diploma eminentemente de natureza cível, é patente a ilegitimidade dos demais Entes da Federação para elaborar leis acerca da matéria.

Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves elucidam a questão:

Não é necessária a análise acurada do disposto no art. 22 da Constituição da República para se constatar a inexistência de qualquer previsão em relação à competência privativa da União para legislar sobre improbidade administrativa. Assim, à luz do art. 37, § 4º, da Constituição, o qual dispôs que a lei disciplinaria o tratamento a ser dispensado à improbidade, seria inegável o seguinte questionamento: todos os entes da Federação podem legislar livremente sobre improbidade administrativa, instituindo a tipologia que melhor lhes aprouver?

O questionamento haverá de ser respondido em conformidade com a natureza jurídica dos atos de improbidade administrativa. Considerando-os matéria de natureza administrativa, afigurar-se-ia evidente que a edição, pela União, de um diploma legal de âmbito nacional, feriria a autonomia dos demais entes da Federação, pois inexistia norma constitucional que a restrinja com tal amplitude. Por outro lado,

entendendo-se que a disciplina legal tem natureza cível ou penal, em nada comprometendo o poder de auto-organização administrativa dos demais entes da Federação, ter-se-ia a legitimidade da iniciativa da União ante os exatos termos do art. 22, I, da Constituição.

Como será oportunamente analisado, a normatização básica dos atos de improbidade está contida na Lei n. 8.429/92, cujas sanções têm natureza eminentemente cível. Com isto, afasta-se qualquer mácula de inconstitucionalidade que poderia recair sobre essa lei, pois afastada está sua natureza administrativa. Note-se, ainda que o próprio art. 14, § 3º, da Lei n. 8.429/92 foi redigido de forma a não se imiscuir na esfera privativa de outros entes, pois, ao referir-se ao procedimento administrativo que deveria ser instaurado para apurar os atos de improbidade, limitou-se em disciplinar aquele relativo aos servidores federais, preservando a liberdade dos demais entes.

[...]

*Ainda sob a ótica do art. 22, I, da Constituição da República, é competência privativa da União legislar sobre direito processual, o que também legitima as normas dessa natureza previstas na Lei n. 8.429/92. Resta aos Estados e ao Distrito Federal, a teor do art. 24, XI, da Constituição, a competência concorrente para legislar sobre procedimentos em matéria processual, sendo imprescindível a observância das normas gerais editadas pela União, constantes da Lei de Improbidade e de outros diplomas congêneres (*Improbidade administrativa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2006. p. 181-182).*

Rechaça-se, por conseguinte, qualquer mácula de inconstitucionalidade material que poderia recair sobre a norma em apreço, pois afastada está sua natureza administrativa.

De outro vértice, igualmente não encontra amparo a alegada afronta à dicção do art. 65 da Carta Política, tampouco ao princípio do bicameralismo.

A *quaestio* foi dirimida, pelo Supremo Tribunal Federal, por ocasião da apreciação, em sede liminar, da ADIn n. 2182-6. Se não, veja-se:

MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 8.429, DE 02.06.1992, QUE

DISPÕE SOBRE AS SANÇÕES APLICÁVEIS AOS AGENTES PÚBLICOS NOS CASOS DE ENRIQUECIMENTO ILÍCITO NO EXERCÍCIO DE MANDATO, CARGO, EMPREGO OU FUNÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA, INDIRETA OU FUNDACIONAL E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS. ALEGAÇÃO DE VÍCIO FORMAL OCORRIDO NA FASE DE ELABORAÇÃO LEGISLATIVA NO CONGRESSO NACIONAL (CF, ARTIGO 65).

[...]

2. Projeto de lei aprovado na Casa Iniciadora (CD) e remetido à Casa Revisora (SF), na qual foi aprovado substitutivo, seguindo-se sua volta à Câmara (CF, artigo 65, par. único). A aprovação de substitutivo pelo Senado não equivale à rejeição do projeto, visto que "emenda substitutiva é a apresentada a parte de outra proposição, denominando-se substitutivo quando a alterar, substancial ou formalmente, em seu conjunto" (§ 4º do artigo 118 do RI-CD); substitutivo, pois, nada mais é do que uma ampla emenda ao projeto inicial.

3. A rejeição do substitutivo pela Câmara, aprovando apenas alguns dispositivos dele destacados (artigo 190 do RI-CD), implica a remessa do projeto à sanção presidencial, e não na sua devolução ao Senado, porque já concluído o processo legislativo; caso contrário, dar-se-ia interminável repetição de idas e vindas de uma Casa Legislativa para outra, o que tornaria sem fim o processo legislativo. Medida cautelar indeferida (ADIn n. 2182-6 MC/DF, rel. Min. Maurício Corrêa, j. em 31-5-2000).

Com efeito, observa-se que o Projeto n. 01446/91, cujo teor deu origem à Lei n. 8.429/92, foi aprovado pela Câmara dos Deputados (Casa Iniciadora) e, na seqüência, remetido ao Senado Federal (Casa Revisora). Nesse último, foi proposto o denominado substitutivo, retornando, em seguida, à apreciação da Câmara (art. 65, parágrafo único, da CRFB/88). Essa, por sua vez, rechaçou grande parte das modificações empreendidas, aprovou alguns dispositivos destacados e, por fim, encaminhou o projeto à sanção presidencial.

Inexistiu, portanto, ofensa ao princípio do bicameralismo. Isso porque, ao aproveitar trechos do substitutivo – esse entendido como uma ampla emenda ao texto original – e inseri-los no projeto de lei final, a Câmara dos Deputados exerceu prerrogativa que lhe é conferida pelo art. 190 do seu Regimento Interno.

O *iter* procedimental foi, de fato, concluído.

Nesse sentido, extraem-se as conclusões lançadas pelo Ministro Relator, em seu voto condutor:

Examinado o substitutivo, a Câmara Federal rejeitou-o, aprovando alguns dispositivos dele destacados, remetendo-o em seguida à sanção presidencial (Ofício n. PS – GSE/128/92, de 27 de maio de 1992; fl. 126).

Ora, completado o ciclo da elaboração legislativa na Câmara Iniciadora, diga-se a Câmara dos Deputados, não poderia mesmo o projeto voltar à Câmara Revisora, no caso o Senado Federal, porque já concluído o procedimento final do processo legislativo. Do contrário, dar-se-ia repetição interminável de idas e vindas de uma Casa Legislativa para outra, o que tornaria sem fim o processo legislativo. Por isso mesmo, correta a afirmação de RAUL MACHADO HORTA, ao comentar preceito similar ao da atual Carta Federal da Constituição de 1946, segundo a qual “a Constituição Federal de 1946 simplificou a revisão legislativa, reduzindo suas fases. Eliminou a tramitação bicameral em quatro etapas e deu à Câmara de iniciativa ou de discussão inicial do projeto de lei competência conclusiva para decidir a respeito do projeto emendado na Câmara de revisão (art. 69, parágrafo único). A arbitragem legislativa da Câmara iniciadora ou de discussão inicial é técnica de abreviamento do processo legislativo, e concorre para suprimir uma das causas de lentidão deliberativa” (*O Processo Legislativo nas Constituições Federais Brasileiras*. Revista de Informação Legislativa n. 101, Brasília, jan/mar 1989) (ADIn n. 2.182-6 MC/DF – rel. Min. Maurício Corrêa, j. em 31-5-2000).

Resta, assim, afastar a inconstitucionalidade suscitada em face da Lei n. 8.429/92, porquanto inocorrentes quaisquer vícios formais em seu processo legislativo, como já declarado pela Corte Suprema.

Impugna a apelante Magrit Krueger, ainda, a constitucionalidade da expressão “culposa” inserta no *caput* do art. 10 da Lei n. 8.429/92 em detrimento do art. 37, § 4º, da Carta Magna. A seu ver, desonestidade reflete exclusivamente conduta dolosa, por isso não se coaduna, pois, a noção de culpa com o conceito de improbidade administrativa.

Mais uma vez, razão não lhe assiste. Basta, para tanto, atentar para a dicção do § 4º do art. 37 da Lei Maior:

§ 4º. Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, *na forma e gradação previstas em lei*, sem prejuízo da ação penal cabível (grifo nosso).

Ora, conforme se depreende do dispositivo em apreço, o Constituinte em momento algum frisou a necessidade do elemento subjetivo dolo para a configuração da conduta ímproba. Pelo contrário, relegou tal mister ao legislador, uma vez que as reprimendas enumeradas em seu bojo devem ser aplicadas *na forma e gradação previstas em lei*.

Destarte, é evidente que competia ao Poder Legislativo esmiuçar o preceito constitucional sem, no entanto, perde-lo de vista.

Nessa linha, outro não foi o norte perseguido pela Lei n. 8.429/92. Ao assentar, em seu art. 10, *caput*, que as condutas lesivas ao erário são imputáveis aos agentes ainda que perpetradas culposamente, optou-se pelo recrudescimento da punição dos administradores imbuídos de má-fé, desleixo e irresponsabilidade no trato da coisa pública.

Isso porque, de acordo com a lição de Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves, inexistente

previsão legal de um salvo-conduto para que [o agente político] possa dilapidar o patrimônio público com a prática de atos irresponsáveis e completamente dissociados da redobrada cautela que deve estar presente entre todos aqueles que administram o patrimônio alheio (*Improbidade administrativa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 259).

Destituída de fundamento, portanto, a argüição de inconstitucionalidade, já que o dispositivo legal vergastado está em perfeita consonância com os ditames da Carta Política.

Por derradeiro, cumpre apreciar a preliminar de nulidade da sentença, em virtude da suposta violação dos arts. 145 e 333, I, ambos do Código de Processo Civil, aventada também pela recorrente Magrit.

Assevera a insurgente que o Ministério Público, enquanto autor da *actio*, não se desonerou do ônus probatório que lhe incumbia. Afirma que a ocorrência de ato lesivo ao patrimônio público e, bem assim, de superfaturamento na contratação da empresa Urbe Engenharia e Consultoria Ltda. deveria, segundo o art. 145 do Estatuto Processual Civil, ser atestados mediante a realização de perícia contábil, o que não foi feito. Salienta, nesse sentido, que a prova oral coligida é inapta e, sobretudo, imprecisa para comprovar o prejuízo impingido à Administração.

Suas assertivas, contudo, esbarram no sistema probatório delineado pelo ordenamento jurídico pátrio.

Como é sabido, o princípio do livre convencimento motivado faculta ao magistrado analisar os elementos coligidos ao feito, e, após confrontá-los, firmar sua convicção a partir daqueles que gozarem de maior credibilidade. Basta, no entanto, que indique os fundamentos para tal.

Essa é a regra esculpida no art. 131 do Código de Processo Civil:

Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas

partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.

Com efeito, assim agiu a Togada *a quo*, na medida em que vislumbrou que o conjunto probante amealhado era, de fato, aceitável para constatar a abusividade dos preços praticados pela empresa contratada e, ainda, o montante do dano. O fez, por óbvio, fulcrada tanto nos depoimentos colhidos durante a fase instrutória (fls. 1.630-1.640) — mormente o da testemunha que prestava idêntico serviço ao município de Pomerode —, quanto nos documentos acostados pelo Órgão Ministerial, às fls. 454-456.

O cotejo de ambos, bem como do restante do arcabouço probatório, não só ampara o fato constitutivo do direito do autor, como também fornece balizas satisfatórias para mensurar o dano suportado pela Administração. Assim, é despicienda a produção de prova técnica, já que outros elementos constantes no feito dão substrato à pretensão deduzida na exordial.

Nessa linha, extrai-se o comando do art. 420, parágrafo único, II, do Código de Processo Civil, cujo teor aplica-se analogicamente:

Art. 420. [...]

Parágrafo único. O juiz indeferirá a perícia quando:

[...]

II – for desnecessária em vista de outras provas produzidas.

Cita-se, no mais, precedente deste Soldalício:

APELAÇÃO CÍVEL – PRELIMINAR – CERCEAMENTO DE DEFESA – INOCORRÊNCIA – CONVENIÊNCIA DA PRODUÇÃO DE PROVAS – CRITÉRIO DO MAGISTRADO.

O juiz tem a liberdade de apreciar as provas e julgar com os elementos constantes nos autos se esses forem suficientes à sua convicção, desde que fundamentada a decisão, não acarretando, assim, prejuízo às partes (Ap. Cív. n. 1998.011798-4, de Chapecó, rel. Des. Volnei Carlin, j. em 25-8-2005)

Diante disso, não há falar em nulidade da decisão objurgada por cerceamento de defesa.

Vencidas as proemiais, passa-se à análise da matéria de fundo.

Pois bem, narra a petição de ingresso que, entre os anos de 1997 e 2001, mediante a deflagração de sucessivos procedimentos licitatórios viciados, o município de Pomerode — representado pelos apelantes Henrique e Magrit e pelo réu Reimund, os quais ocuparam, durante o interregno, o cargo de Chefe do Poder Executivo Municipal — contratou a empresa Urbe Engenharia e Consultoria Ltda., de propriedade dos irmãos Ariel Arno Pizzolatti e João Alberto Pizzolatti Junior, esse último deputado federal, a fim de que prestasse serviços de assessoria e consultoria técnica na área de financiamento e desenvolvimento urbano.

No entanto, segundo o representante do *Parquet*, as avenças firmadas tinham como escopo unicamente subtrair expressivo numerário dos cofres públicos, pelo emprego de subterfúgios, tais quais o direcionamento das licitações, a estipulação, nos editais dos certames, de objetos contratuais imprecisos e, ainda, o superfaturamento dos preços praticados.

Seis foram as licitações inquinadas de vício: as de n. 019/97, 001/98, 023/98 e 017/99, deflagradas e concluídas durante a gestão de Henrique Drews Filho; a de n. 002/00, muito embora autorizada por Henrique, foi homologada pelo então alcaide Reimund Viebrantz; e, por fim, a de n. 002/01, inteiramente chancelada por Magrit Krueger.

Todos os certames contemplaram a modalidade convite e foram vencidos pela empresa Urbe Engenharia e Consultoria Ltda. que, até o ano de 1998, possuía a denominação social Pizzolatti Engenharia e Consultoria Ltda. Os procedimentos possuíam, também, objeto coincidente.

Em decorrência das particularidades que envolvem as licitações em preço, impende apreciar separadamente as provas atinentes a cada uma delas.

1) Da licitação n. 019/97

A licitação n. 019/97, autorizada em 15-8-1997, pelo recorrente Henrique Drews Filho, valeu-se da modalidade convite, do tipo menor preço, consoante se infere à fl. 45. O objeto do contrato, por sua vez, era a “consultoria e assessoria técnica na elaboração de projetos nas áreas de financiamento e desenvolvimento urbano”.

A forma de execução do mister, conforme se depreende às fls. 41-48, dar-se-ia por hora trabalhada, o que totalizaria o valor global de 400 (quatrocentas) horas.

Participaram do procedimento licitatório as empresas Pizzolatti Engenharia e Consultoria Ltda., Azimute Topografia e Planejamento SC Ltda. e RV Engenharia e Consultoria Ltda. A primeira ofereceu proposta no valor de R\$ 60,00 (sessenta reais) por hora, o que perfaria o total de R\$ 24.000,00 (vinte e quatro mil reais) (fl. 45). A segunda, na importância de R\$ 70,00 (setenta reais) por hora, o que totalizaria R\$ 28.000,00 (vinte oito mil reais) (fl. 46). A terceira, no valor de R\$ 81,25 (oitenta e um reais e vinte e cinco centavos) por hora, atingiria a monta de R\$ 32.500,00 (trinta e dois mil e quinhentos reais) (fl. 48).

Analisadas as propostas, a Pizzolatti Engenharia e Consultoria se consagrou vencedora, e o resultado foi homologado pelo então prefeito e apelante Henrique (fl. 39).

Contudo, uma série de “coincidências” permearam o certame. Em exame dos atos constitutivos das empresas participantes, observa-se que todas elas, inclusive a vencedora, tinham sede na cidade de Joinville.

Os contratos sociais da RV Engenharia e Consultoria Ltda. e da Azimute Topografia e Planejamento SC Ltda. fornecem, ainda, outro subsídio de prova relevante. Ambas possuem em seu quadro societário

Antônio Carlos Ramuski e José Antônio Valdez (fls. 382-388 e 389-403, respectivamente).

Ora, haveria justificativa plausível para o Chefe do Poder Executivo Municipal enviar cartas-convite unicamente a empresas sediadas em Joinville, considerando que o serviço deveria ser prestado em Pomerode? E mais, por que escolher justamente aquelas que possuem sócios em comum?

Os indícios de direcionamento ficam mais clarividentes quando se avalia o informe de pagamento de fl. 444 e o recibo de fl. 195. Observa-se que, em 24-7-1997, portanto um mês antes da realização do certame, a Pizzolatti Engenharia e Consultoria Ltda. já havia percebido R\$ 1.920,00 (mil novecentos e vinte reais) pela prestação de “assessoria técnica na elaboração de projetos”, serviço muito semelhante ao licitado.

2) Da licitação n. 001/98

A licitação n. 001/98, instaurada em 5-1-1998, utilizou-se também da modalidade convite, do tipo menor preço, para contratar as já conhecidas “consultoria e assessoria técnica na elaboração de projetos nas áreas de financiamento e desenvolvimento urbano” (fl. 67).

A forma de execução da avença dar-se-ia por hora trabalhada, e totalizaria o valor global de 630 (seiscentas e trinta) horas (fls. 54-64).

Mais uma vez, participaram do procedimento licitatório as empresas Pizzolatti Engenharia e Consultoria Ltda., Azimute Topografia e Planejamento SC Ltda., e RV Engenharia e Consultoria Ltda. A primeira ofereceu proposta no valor de R\$ 60,00 (sessenta reais) por hora, o que perfaria o total de R\$ 37.800,00 (trinta e sete mil e oitocentos reais) (fl. 64). A segunda, na importância de R\$ 71,00 (setenta e um reais) por hora, o que totalizaria R\$ 44.730,00 (quarenta e quatro mil setecentos e trinta reais) (fl. 58). A terceira no valor de R\$ 68,00 (sessenta e oito reais) por hora, que atingiria a monta de R\$ 42.840,00 (quarenta e dois mil oitocentos e quarenta reais) (fl. 61).

A empresa vencedora novamente foi a Pizzolatti Engenharia e Consultoria Ltda., oportunidade em que o então prefeito Henrique Drews Filho homologou o resultado (fl. 57).

Repita-se, ainda, que, na oportunidade da realização deste segundo certame, as “coincidências” permaneceram. Todas as empresas convidadas – já que as mesmas da licitação anterior – possuíam sede em Joinville, e as duas perdedoras tinham dois sócios-cotistas em comum.

3) Da Licitação n. 023/98

A Licitação n. 023/98, iniciada em 23-6-1998, valeu-se da modalidade convite, do tipo menor preço, consoante se infere à fl. 85. O objeto do contrato era exatamente o mesmo das anteriores.

A forma de execução do mister, conforme se depreende às fls. 74-79, dar-se-ia por hora trabalhada, o que totalizaria o valor global de 700 (setecentas) horas.

Participaram do certame as mesmas empresas das Licitações n. 019/97 e 001/98. Acrescente-se, ademais, que, não obstante a oscilação de preços das demais propostas (Azimute – R\$ 68,00/hora e RV – R\$ 65,00/hora), a Pizzolatti Engenharia e Consultoria manteve a sua intacta e consagrou-se vencedora (fl. 71). O resultado do certame foi homologado por Henrique Drews Filho.

Além disso, muito embora o objeto do contrato tenham sido 700 (setecentas) horas de serviços de consultoria e assessoria, o que equivale a 4 (quatro) meses de labor, à razão de 8 (oito) horas por dia, a avença sofreu um aditivo no montante de R\$ 10.500,00 (dez mil e quinhentos reais) (fl. 84). Pressupõe-se, portanto, que houve a extensão da prestação para mais 175 (cento e setenta e cinco) horas, ou seja, cerca de 1 (um) mês de trabalho.

No entanto, conforme noticiam as testemunhas Guiomar Ehlert, Roseana S. Longhard e Jaime Eduardo Jensen, respectivamente, em seus depoimentos de fls. 1.635-1.636, 1.637-1.638 e 1.639-1.640, a Pizzolatti Engenharia e Consultoria Ltda., por meio do sócio-gerente Ariel, laborava três vezes por semana, durante meio período. Logo, para levar a cabo a totalidade do objeto licitado, bem como o seu aditivo, a empresa haveria de prestar cerca de 18 (dezoito) meses de consultoria. Todavia, após 12 (doze) meses de realização do Certame n. 023/98, deflagrou-se, conforme se verá adiante, o de n. 017/99.

4) Da Licitação n. 017/99

A Licitação n. 017/99, deflagrada em 26-5-1999, modalidade convite, tipo menor preço, teve igualmente a lacônica “consultoria e assessoria técnica na elaboração de projetos nas áreas de financiamento e desenvolvimento urbano” como objeto (fl. 109).

A totalidade dos serviços licitados compreendia 700 (setecentas) horas e a forma de prestação dar-se-ia por hora trabalhada (fls. 91-105).

Participaram do procedimento as seguintes empresas, todas sediadas em Joinville: Urbe Engenharia e Consultoria Ltda. (fls. 96 e 105), anteriormente denominada Pizzolatti Engenharia e Consultoria Ltda. (fls. 101); Azimute Topografia e Planejamento SC Ltda., que também participou dos certames anteriores (fls. 97-104); Planicontrol Planejamento e Controle de Obras Ltda. (fls. 99, 103, 367 e 370); Level Arquitetura e Computação Gráfica Ltda. (fls. 98, 324, 376 e 379). Verifica-se, outrossim, que Celso Dobner foi sócio tanto da empresa Planicontrol (fls. 358-367) quanto da Level (fls. 372-374).

A empresa Urbe manteve a mesma proposta dos certames anteriores, qual seja, R\$ 60,00 (sessenta reais) por hora, o que totalizaria R\$ 42.000,00 (quarenta e dois mil reais) (fl. 105). A Azimute fixou seu preço em R\$ 75,00 (setenta e cinco reais) por hora, o que perfaria R\$ 52.500,00

(cinquenta e dois mil e quinhentos reais) (fl. 104). A Planicontrol, por sua vez, ofertou seus serviços a R\$ 70,00 (setenta reais) por hora, o que atingiria a importância de R\$ 49.000,00 (quarenta e nove mil reais) (fl. 103). A Level, por sua vez, foi considerada inabilitada (fl. 102).

Novamente a vencedora foi a Urbe Engenharia e Consultoria Ltda., de modo que o resultado foi homologado por Henrique Drews Filho (fls. 107-108).

Em tempo, repise-se que, para dar azo à integralidade do objeto contratual, considerado o dispêndio de três manhãs por semana, a Urbe deveria prestar cerca de 15 (quinze) meses de consultoria e assessoria. No entanto, após o transcurso de apenas 8 (oito) meses da realização do Procedimento Licitatório n. 017/99, deu-se início ao de n. 002/00.

5) Da Licitação n. 002/00

A Licitação n. 002/00 foi instaurada em 3-1-2000, mediante a modalidade convite, tipo menor preço. O objeto, como de costume, consubstanciava as famigeradas “consultoria e assessoria técnica na elaboração de projetos nas áreas de financiamento e desenvolvimento urbano” (fl. 139).

A forma de execução do contrato dar-se-ia por hora trabalhada, o que totalizaria o valor global de 700 (setecentas) horas (fl. 155).

Tomaram parte no certame as mesmas empresas do anterior, quais sejam, Urbe Engenharia e Consultoria Ltda., Azimute Topografia e Planejamento SC Ltda., Planicontrol Planejamento e Controle de Obras Ltda., Level Arquitetura e Computação Gráfica Ltda., todas de Joinville.

Como bem assinalou a Magistrada *a quo*, quase três anos após a Licitação n. 019/97, a apelante manteve intacto o preço praticado, não obstante as demais tenham oscilado o montante de suas propostas (fls. 132-135).

Ultimado *iter* procedimental, a empresa de propriedade dos irmãos Ariel e João Alberto foi declarada vencedora, pela homologação levada a termo por Reimund Viebrantz (fl. 138).

Cumprido ressaltar que a autorização para instaurar a licitação partiu do punho de Henrique Drews Filho (fl. 124). Todavia, durante o exercício do seu mandato, o mencionado recorrente foi afastado judicialmente do cargo, pela prática, em tese, de outros atos de improbidade administrativa que não os narrados no feito em epígrafe. Diante disso, o co-réu Reimund, à época vice-prefeito de Pomerode, sucedeu o alcaide e finalizou a gestão por ele iniciada.

Além disso, consoante se infere à fl. 150, a avença assinada em 28-1-2000 sofreu um aditivo na importância de R\$ 10.500,00 (dez mil e quinhentos reais), em 26-9-2000. Pressupõe-se, portanto, que houve novamente a extensão da prestação para mais 175 (cento e setenta e cinco) horas. Nessa linha, considerando a totalidade do objeto licitado, acrescida do aditivo, conclui-se, mais uma vez, que a Urbe necessitaria de aproximadamente 18 (dezoito) meses para concluir o serviço. Contudo, após 12 (doze) meses de realização do Certame n. 002/00, deflagrou-se o de n. 002/01.

6) Da licitação n. 002/01

A Licitação n. 002/01 foi autorizada em 16-1-01, já durante a gestão da recorrente Magrit Krueger (fl. 158). Muito embora a ascensão da apelante tenha sido fruto de novo pleito eleitoral, grande parte das “peculiaridades” dos certames para a aquisição de serviços de “consultoria e assessoria técnica na elaboração de projetos nas áreas de financiamento e desenvolvimento urbano” remanesceu.

O modo de execução do contrato dar-se-ia por hora trabalhada, o que perfaria o total de 700 (setecentas) horas.

Tomaram assento no procedimento licitatório as empresas Urbe Engenharia e Consultoria Ltda., Azimute Topografia e Planejamento SC Ltda. (fls. 162 e 534), além das “novatas” Sérgio Luiz Hayschi FI, de Blumenau (fls. 160 e 531), e Lodemar Krueger ME, de Pomerode (fls. 161 e 532).

Nessa oportunidade, a Urbe reduziu o preço de sua proposta ao patamar de R\$ 50,00 (cinquenta reais) por hora, o que comporia o total de R\$ 35.000,00 (trinta e cinco mil reais). Seguiram-se, ainda, a Azimute, com oferta no montante de R\$ 52,70 (cinquenta e dois reais e setenta centavos) por hora, o que perfaria R\$ 36.890,00 (trinta e seis mil oitocentos e noventa reais); e Sérgio Luiz Hayschi FI, com proposta de R\$ 52,50 (cinquenta e dois reais e cinquenta centavos), o que atingiria a monta de R\$ 36.750,00 (trinta e seis mil setecentos e cinquenta reais). Lodemar Krueger ME, por fim, foi inabilitada (fl. 167).

Mais uma vez, a empresa recorrente se consagrou vencedora, de modo que o resultado foi homologado também pela prefeita Magrit Krueger (fls. 177-566).

A sucessão de elementos probatórios carreados ao feito é, pois, clara ao demonstrar a ocorrência de fraude nos certames anteriormente mencionados.

As evidências somam-se, ainda, ao fato de que, não obstante o montante anual avençado por intermédio dos aludidos procedimentos tenha sido inferior a R\$ 150.000,00 (art. 23, II, *b*, da Lei n. 8.666/93), o intento dos recorrentes era, na verdade, contratar os serviços da Urbe Engenharia e Consultoria pelo tempo em que permanecessem na Prefeitura de Pomerode.

Vislumbra-se tal hipótese pois foram seguidas licitações deflagradas com idêntico objeto e, ademais, porquanto inexistiu situação excepcional de ordem econômica ou social apta a justificar a limitação da monta de cada uma das contratações, consoante exige o art. 23, § 1º, da Lei n. 8.666/93.

Houve, por conseguinte, nítido desdobramento das despesas, também conhecido como “licitação fatiada”, a fim de estipular o convite como modalidade a ser empregada. Isso porque, conforme se depreende dos documentos de fls. 444-451, o valor total dos acordos firmados entre 1997 e 2000 excede a importância de R\$ 180.000,00 (cento e oitenta mil reais). Logo, a tomada de preços constituiria a opção acertada, à luz do que alude o art. 23, I, *b*, da Lei n. 8.666/93.

Por certo, o favorecimento da empresa pertencente aos irmãos João Alberto Pizzolatti Junior e Ariel Arno Pizzolatti consubstanciou desvio de finalidade que, a um só tempo, frustrou o caráter competitivo das licitações e violou os princípios da isonomia entre os participantes, da legalidade e da moralidade administrativa.

Tal quadro de fatos só se afigurou possível, evidentemente, em decorrência da ligação política mantida pelos recorrentes. Sim, pois as peculiaridades dos certames ora enumerados não ocorreriam se os apelantes não possuíssem interesses comuns.

Atente-se para a seqüência de indícios: João Alberto é deputado federal, com domicílio eleitoral, à época dos ilícitos, no município de Pomerode. Henrique Drews Filho e Magrit Krueger pertenciam à mesma agremiação do parlamentar (Partido Progressista — PP). Reimund Viebrantz, muito embora integrante do Partido Democrático Trabalhista — PDT, era coligado ao partido dos demais apelantes e vice-prefeito na gestão de Henrique.

Além disso, antes mesmo da realização do primeiro certame, a pessoa jurídica de propriedade dos irmãos Pizzolatti já prestava serviços para a Prefeitura Municipal. Como asseveraram os próprios insurgentes, as atividades oferecidas por Ariel e João Alberto, por intermédio da Urbe, tinham como objetivo facilitar e acelerar a liberação de financiamentos

com os Governos Federal e Estadual, a fim de fomentar a construção de grandes obras em Pomerode.

Para a execução do contrato, Ariel se valia da condição política do irmão, uma vez que era o trânsito do deputado, tanto no Congresso Nacional quanto no Governo do Estado, que permitia o desempenho pleno das funções a que se propôs o primeiro recorrente.

A “operação”, por óbvio, não obstante lesiva ao erário, agradou indistintamente a todos. Os alcaides imprimiram em suas gestões a marca do desenvolvimento, fato que notoriamente é angariador de votos. João Alberto e Ariel não somente lucraram com o favorecimento nas licitações à custa dos cofres públicos, como, também, facilitaram, para aquele, o pleito eleitoral vindouro.

Destarte, ao contrário do que os apelantes querem fazer crer, não é uma única circunstância isolada que norteia a convicção do julgador, mas, sim, uma série delas.

De fato, como apontaram João Alberto e Magrit em seus apelos (fls. 1.884-1.908 e 2.010-2.036, respectivamente), inexistente prova testemunhal que ateste o conchavo político existente entre os sucumbentes. Essa, no entanto, é despicienda, uma vez que os indícios concatenados, bem como os demais elementos probatórios coligidos, dão conta do estreito vínculo que unia os apelantes e, mormente, do engodo narrado na exordial.

Primeiramente, releva atentar para a imprecisão do objeto dos certames, bem como das cláusulas contratuais pertinentes ao modo de execução do serviço a ser empreendido pela empresa apelante. Em análise das avenças de fls. 67-68, 109-117, 139-147 e 180-187, observa-se que é impossível aferir o exato alcance das atividades de consultoria e assessoria demandadas pelo município de Pomerode.

Afinal, o que é “*consultoria e assessoria técnica na elaboração de projetos nas áreas de financiamento e desenvolvimento urbano*”? Qual a extensão desse serviço? Qual a dimensão de tais conceitos? E a concretude deles? Não se sabe ao certo.

A Togada *a quo* ilustra com propriedade a assertiva. Se não, veja-se:

O termo do contrato pertinente à *licitação n. 001/98* revela que o vago objeto do contrato seria “executado em *regime de empreitada por preço global*” (cláusula segunda – fl. 67) [sem grifo no original]. Destarte, não se compreende a contraditória disposição contida na cláusula terceira: “O preço global da execução do objeto da Cláusula Primeira deste Contrato é de R\$ 37.800,00 (trinta e sete mil e oitocentos reais), cujo pagamento será realizado pela forma seguinte: – CONFORME *horas trabalhadas nos projetos* sem reajuste, com pagamento previsto para o dia 25 de *cada mês* (fl. 67) [sem grifo no original]. Tem-se ainda a cláusula quinta que faz referência – um tanto imprecisa salienta-se – às horas trabalhadas: “O objeto do presente contrato deverá ser iniciado no dia 07 de julho de 1998 e seu término será *quando acabado* todas as *horas licitadas*” (fl. 67) [sem grifo no original]. Veja-se que apenas nesta licitação se observam várias formas de execução e respectivo pagamento (por empreitada, por projeto, por mês e por hora), sem qualquer definição precisa conforme exige a Lei de Licitações (fl. 1.842).

Mais adiante, prossegue sua ilação:

A *licitação n. 023/98* segue o mesma [sic] estratégia da anterior. A cláusula segunda prevê que “O objeto deste contrato será executado em *regime de empreitada [...]*” (fl. 85) [sem grifo no original]. A cláusula terceira, por sua vez, estampa que “o preço global da execução do objeto da Cláusula Primeira deste Contrato é de R\$ 42.000,00 (Quarenta e dois mil reais), cujo pagamento será realizado pela forma seguinte: – CONFORME AS *HORAS TRABALHADAS NOS PROJETOS*, sem reajustes, com pagamento previsto para o dia 25 de *cada mês*” (fl. 85) [sem grifo no original]. Não se pode olvidar também da cláusula quarta na qual consta a informação de que “O objeto do presente Contrato deverá ser iniciado no dia 07 de julho de 1998 e seu término será *quando acabado* todas as *horas licitadas*” (fl. 85) [sem grifo no original] (fl. 1.842).

Os mencionados vícios espraiam-se também pelos demais procedimentos licitatórios aqui arrolados, conforme se infere dos contratos juntados às fls. 109-117, 139-147 e 180-187.

Não está claro, portanto, o modo de execução do mister. O pagamento se daria por empreitada realizada, por hora trabalhada ou por mês? A resposta é incerta.

Como é cediço, a observância do princípio da vinculação do instrumento convocatório pressupõe que o edital contenha todas as regras do procedimento. Tal providência é medida que se faz premente para rechaçar quaisquer modificações dos critérios de julgamento das propostas, bem como impedir a eventual manipulação do certame. Cláusulas incoerentes e subjetivas fomentam sobremaneira a prática de fraudes tais quais as evidenciadas.

Contudo, não obstante o farto material probatório, os recorrentes Ariel Arno Pizzolatti e Urbe Engenharia e Consultoria Ltda. assentam que o objeto contratual era, de fato, preciso. Destacam, para tanto, que a existência, nos quadros da Prefeitura Municipal, de servidores que executam atividades semelhantes às desempenhadas pela empresa insurgente está a indicar a delimitação do serviço prestado.

O argumento, no entanto, não procede.

Lodemar Krueger, agente público ao qual se referiam os recorrentes, afirmou, em seu depoimento de fls. 1.632-1.633:

[...] que o depoente presta serviços idênticos ao objeto da licitação questionada ao SAMAE desde o ano de 1999, ou seja, justamente consultoria e assessoria técnica na elaboração de projetos na área de financiamento urbano; que tais serviços são prestados pelo depoente até a data de hoje [...] (grifo nosso).

No entanto, *a contrario sensu*, a apreciação do acordo entabulado entre a testemunha em apreço, por intermédio de sua firma individual,

e o Serviço Autônomo Municipal de Água e Esgoto – Samae reforça a imprecisão dos contratos firmados com a Urbe (fls. 454-455).

A cláusula I pontifica que “a contratada prestará os serviços de Assessoria Técnica e Elaboração de Projetos na Área de Engenharia Civil, para o Samae de Pomerode”.

Mais adiante, o inciso II fixa o modo de execução da avença: “o presente contrato será executado pela contratada com carga de 40 horas semanais, e atenderá eventuais emergências ou quando solicitado pela direção do Samae”. Por fim, a disposição terceira consigna a forma de pagamento, qual seja, a importância mensal de R\$ 1.850,00 (mil oitocentos e cinquenta reais).

Ora, diante das informações ventiladas, fica fácil apreender as atividades a serem desempenhadas por Lodemar Krueger, bem como a maneira como seriam executadas e, por último, a forma de adimplemento do serviço. Sua função era assessorar e elaborar projetos pertinentes ao saneamento básico do Município. O pagamento pelo exercício dos serviços efetuar-se-ia mediante uma quantia fixa por mês, em decorrência de uma – também fixa – jornada de trabalho de quarenta horas semanais.

A disparidade entre as avenças é, portanto, relevante. Inexiste justificativa plausível para a diferença de tratamento dispensada – gize-se, conforme assinalado pelos próprios apelantes – a situações assemelhadas. Sem dúvida alguma, seria economicamente mais vantajoso aos cofres públicos contratar com a empresa Urbe Engenharia e Consultoria Ltda. nos mesmos termos estipulados com a Lodemar Krueger ME, se o serviço fosse, de fato, necessário.

De outro norte, defendem os recorrentes a legalidade dos certames. Afirmam todos que a prescindibilidade ou não da contratação de quaisquer atividades e bens é questão atinente ao mérito administrativo, aferida pelos critérios de oportunidade e conveniência. Nessa linha, asseveram

que os acordos entabulados com a Urbe foram levados a cabo para, a um só tempo, sanar a deficiência de pessoal existente na Prefeitura e prover a Municipalidade de um corpo técnico especializado.

A assertiva merece um olhar atento, uma vez que fundada em premissas equivocadas.

Sabe-se que o poder discricionário que detém a Administração foi-lhe conferido para viabilizar a consecução do interesse público. É ele, portanto, que fornece os lindes da atuação estatal, de modo que não é facultado ao gestor valer-se de sua liberdade de escolha para blindar atos praticados ao arrepio da lei.

Nessa esteira, leciona José dos Santos Carvalho Filho:

A liberdade de escolha dos critérios de conveniência e oportunidade não se coaduna com a atuação fora dos limites da lei.

Enquanto atua nos limites da lei, que admite a escolha segundo aqueles critérios, o agente exerce a sua função com *discricionariedade*, e sua conduta se caracteriza como inteiramente legítima.

Ocorre que algumas vezes o agente, a pretexto de agir discricionariamente, se conduz fora dos limites da lei ou em direta ofensa a esta. Aqui comete arbitrariedade, conduta ilegítima e suscetível de controle de legalidade. Neste ponto se situa a linha diferencial entre ambas: não há discricionariedade *contra legem* (grifo nosso) (*Manual de Direito Administrativo*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 39-40).

Outra não é a hipótese em tela. Atente-se, à guisa de exemplificação, para o relato das testemunhas.

Guiomar Ehlert, ouvido pela autoridade judicial às fls. 1.635/1.636, asseverou:

[...] que na verdade não se lembra de qualquer projeto elaborado pelo requerido ARIEL; [...] *que confirma que mesmo antes da contratação da empresa URBE, os mesmos serviços já eram executados pelos próprios funcionários da administração municipal; que o próprio depoente,*

como funcionário de carreira, executou atividades burocráticas de encaminhamento de projetos e justificativas (grifo nosso).

No mesmo norte, afirmou Lodemar Krueger, às fls. 1.631-1.632:

[...] que a atividade do engenheiro ARIEL era o de auxiliar o deponente nas diligências de providenciar documentos em alguns projetos e fazer contatos telefônicos; [...] *que seria possível ao próprio deponente e aos demais funcionários da área técnica de engenharia e arquitetura do município, realizar essa atividade independentemente dos serviços prestados pelo engenheiro ARIEL* (grifo nosso).

Com efeito, não obstante os ex-alcaides alegarem o contrário, é inarredável concluir que as atividades levadas a efeito pela empresa sucumbente, por intermédio de Ariel Arno Pizzolatti, poderiam ter sido desempenhadas pelos servidores, como o foram antes das licitações combatidas. Tal fato rende ensejo à constatação de que os trabalhos executados não são de todo complexos a ponto de abrir-se mão do material humano existente nos quadros da Prefeitura.

Nessa esteira, a possibilidade de exercício, pelos próprios servidores públicos, das atividades cometidas à Urbe Engenharia e Consultoria Ltda., o envio de cartas-convite unicamente para empresas sediadas em Joinville, a existência de sócios em comum entre as participantes dos certames, tudo isso associado, ainda, ao inegável vínculo político existente entre os recorrentes, denotam a ilegalidade da deflagração dos procedimentos licitatórios, já que inexistentes os motivos declinados, à época, pela Administração.

Sobre o tema, colhe-se a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Motivo é o pressuposto de fato que autoriza ou exige a prática do ato. É, pois, a situação do mundo empírico que deve ser tomada em conta para a prática do ato. Logo, é externo ao ato. Inclusive o antecede. Por isso não pode ser considerado como parte, como elemento do ato. [...] Quando não há previsão legal, o agente tem liberdade de escolha da situação (motivo) em vista da qual editará o ato. Contudo, mesmo neste caso, se o agente embasar na ocorrência de um dado motivo, a validade do ato dependerá da existência do

motivo que houver sido anunciado. Isto é, se o motivo que invocou for inexistente, o ato será inválido. É esta vinculação do administrador ao motivo que houver alegado que se conhece doutrinariamente como 'teoria dos motivos determinantes', à qual se fará referência a breve trecho (grifo nosso) (Curso de direito administrativo. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 354).

Em última análise, tem-se que os apelantes não lograram êxito em demonstrar a necessidade e, sobretudo, a imprescindibilidade das atividades atribuídas à Urbe, razão pela qual, à luz do que alude a teoria dos motivos determinantes, *d'application constante*, autorizada está a ingerência do Poder Judiciário, com vistas a invalidar os aludidos certames.

Não se diga, igualmente, que a empresa dos irmãos Ariel e João Alberto Pizzolatti se consagrou vencedora das licitações em razão da sua notória especialidade na área de financiamento e desenvolvimento urbano.

Todos os certames contemplaram o tipo “menor preço”, nos termos do art. 45, § 1º, I, da Lei n. 8.666/93, de modo que a escolha se deu, em tese, pelo preenchimento das especificações do edital e pelo oferecimento da proposta mais vantajosa. Além disso, se as qualidades técnicas do sucumbente fossem tão especiais, não haveria necessidade de deflagrar qualquer procedimento, uma vez que a natureza singular do serviço consubstancia hipótese de inexigibilidade de licitação contemplada no art. 25, II, da Lei n. 8.666/93.

Inconsistentes, portanto, os argumentos trazidos à baila pelos apelantes.

Por outro norte, observa-se que a Magistrada considerou a participação da Urbe Engenharia e Consultoria Ltda. nas licitações objurgadas uma afronta à dicção do art. 54, I, *a*, da Carta Magna. Isso porque João Alberto Pizzolatti Junior, deputado federal, integra o quadro societário da aludida empresa, motivo pelo qual é vedado a essa última firmar ou manter avença com pessoa jurídica de direito público.

Os recorrentes Magrit e João Alberto assinalam, contudo, que os acordos entabulados possuem cláusulas uniformes, o que permitiria o ingresso da Urbe nos certames.

Todavia, razão não lhes assiste.

O art. 54, I, *a*, da Lei Maior, traz em seu bojo incompatibilidade com o exercício de mandato eletivo endereçada aos parlamentares. Se não, veja-se:

Art. 54. Os Deputados e Senadores não poderão:

I – desde a expedição do diploma:

a) firmar ou manter contrato com pessoa jurídica de direito público, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou empresa concessionária de serviço público, *salvo quando o contrato obedecer a cláusulas uniformes* (grifo nosso).

Na esteira do preceito constitucional, vislumbra-se que o contrato de cláusulas uniformes, também conhecido como de adesão, é aquele no qual uma das partes aceita, *in totum*, as cláusulas estabelecidas pela outra, aderindo a uma situação contratual que se encontra cristalizada em todos os seus termos. O consentimento manifesta-se, por conseguinte, com a simples aquiescência do conteúdo preestabelecido da relação jurídica.

Na licitação, por óbvio, a Administração Pública pontifica, no instrumento convocatório, uma série de disposições, às quais, atendendo ao convite, o concorrente presta adesão prévia.

No entanto, é certo que jamais poderão as cláusulas do edital esgotar por completo o conteúdo do contrato a ser celebrado, pois do contrário não teria objeto o certame.

A oferta do Poder Público chama à ordem os interessados, a fim de que apresentem propostas, nas quais, embora impelidos por certas condições prefixadas, pormenorizam as suas proposições quanto ao preço,

prazo de execução, dentre outros. Remanesce, portanto, ao Ente Político anunciante a autonomia de escolher aquela que seja mais conveniente ao interesse da coletividade.

Com efeito, tem-se no contrato administrativo, de um lado, estipulações prévias, a cujo teor o licitante tem de aquiescer para figurar como participante do procedimento; e, de outro, aquelas resultantes da proposta do concorrente vitorioso, atinentes aos pontos objeto do concurso.

Em última análise, nas avenças por licitação inexistente aquilo que traduz o caráter específico do contrato de adesão: originar-se a totalidade de seu conteúdo da oferta unilateral de uma das partes, a que simplesmente adere o aceitante. Pelo contrário, o ponto alto do aperfeiçoamento do contrato administrativo é, sim, a aceitação, pela Administração Pública, de proposta selecionada como a melhor, pertinente às cláusulas abertas à apresentação de propostas.

Logo, as disposições das avenças *sub examine* não são revestidas de uniformidade. Nesse sentido, colhe-se precedente do Tribunal Superior Eleitoral:

RECURSO ESPECIAL. DEFERIMENTO. REGISTRO. CANDIDATO. CARGO. VEREADOR. FUNDAMENTO. SÓCIO-PROPRIETÁRIO. EMPRESA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. MUNICÍPIO. DESNECESSIDADE. DESINCOMPATIBILIZAÇÃO. ELEGIBILIDADE. RESSALVA DO ART. 1º, II, *i*, da LC n. 64/90. PROVIMENTO.

I — *A ressalva relativa aos contratos de cláusulas uniformes não se aplica aos contratos administrativos formados mediante licitação* (Precedentes: Recurso Eleitoral n. 10.130/RO, publicado na sessão de 21-9-92, e RO n. 556/AC, publicado na sessão de 20-9-2002, rel. Min. Sepúlveda Pertence) (grifo nosso) (REsp. n. 22229/PR, rel. Min. Francisco Peçanha Martins, j. em 3-9-2004).

E, mais:

I – Inelegibilidade (art. 1º, II, *i*, da LC 64/90): *ressalva aos contratos que obedecem cláusulas uniformes: inaplicabilidade aos contratos administrativos formados mediante licitação* (grifo nosso) (RO n. 556/AC, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 20-9-2002).

De outra ponta, João Alberto, Magrit e Henrique alegam que o primeiro não exercia funções de gerência na empresa apelante, e figurava somente como sócio-cotista. Em razão disso, destacam que o congressista não estaria acobertado pelo impedimento do art. 54, I, *a*, da Carta Magna. O parlamentar recorrente assevera, ainda, que apenas emprestou seu nome para a constituição da sociedade.

As assertivas aventadas, todavia, não encontram amparo, uma vez que os óbices impostos pela dicção do permissivo constitucional destinam-se indistintamente a todos os parlamentares que integram uma sociedade empresária que firme ou mantenha contrato com o Poder Público.

Isso porque, se o Constituinte tencionasse realizar a mencionada ressalva, expressamente o faria em seu texto, a exemplo do que fez o legislador quando elaborou a Lei Complementar n. 64/90. Nesse diploma, cujo teor trata das inelegibilidades, há dispositivos que restringem a necessidade de desincompatibilização para a disputa de pleitos eleitorais aos candidatos que exercem cargo ou função de direção, administração ou representação em pessoa jurídica ou em empresa que mantenha contrato de execução de obras, de prestação de serviços ou de fornecimento de bens com órgão da Administração.

No entanto, a incompatibilidade negocial prevista na Carta Política em nada se confunde com aquelas trazidas no bojo da Lei Complementar n. 64/90, já que não se refere ao candidato, mas, sim, ao eleito, ao detentor de mandato.

Acerca dos impedimentos constitucionais dos parlamentares, esclarece José Afonso da Silva:

São regras que impedem o congressista de exercer certas ocupações ou praticar certos atos cumulativamente com seu mandato. Constituem, pois, impedimentos referentes ao exercício do mandato. *Referem-se ao eleito. Não interditam candidaturas, nem anulam a eleição de quem se encontre em situação eventualmente incompatível com o exercício do mandato* (grifo nosso) (*Curso de direito constitucional positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 538).

Destarte, por consubstanciar situação distinta da contemplada no diploma infraconstitucional, o dispositivo da Lei Maior há de ser interpretado da exata maneira como foi cunhado. Nem poderia ser diferente.

O impedimento em apreço se reveste de utilidade para permitir que a legislatura seja levada a efeito sem percalços, embaraços e tropeços. Evita, em última análise, que a condição do parlamentar e, mormente, a sua força política, influencie na celebração de contratos com o Poder Público.

Ora, não haveria lógica em cingir o comando proibitivo exclusivamente aos sócios com poderes de gerência, uma vez que, assim como os administradores, os cotistas auferem lucros com a prosperidade da pessoa jurídica da qual fazem parte.

Observe-se, à guisa de exemplificação, a cláusula 8^a do contrato social da Urbe Engenharia e Consultoria Ltda.:

Os lucros e/ou prejuízos apurados em balanço a ser realizado após o término do exercício social serão repartidos entre os sócios, proporcionalmente às cotas de cada um no capital social, podendo os sócios, todavia, optarem pelo aumento de capital, utilizando os lucros, e/ou compensar os prejuízos em exercícios futuros (fl. 356).

Nessa esteira, considerando que o deputado detém 50% do capital social, quem seria o mais interessado no aumento dos rendimentos da empresa apelante? É impossível, por conseguinte, restringir vedações as quais o constituinte achou por bem alargar.

Por derradeiro, no que tange à alegativa de que o recorrente João Alberto apenas emprestou seu nome para a constituição da sociedade empresária, melhor razão não lhe assiste. Inexiste nos autos elemento de prova que ateste tal manobra, razão pela qual é de se afastar o argumento.

Passa-se agora à análise da existência ou não de superfaturamento dos preços praticados nos certames. Ariel Arno Pizzolatti e Urbe Engenharia e Consultoria Ltda. insistem na inocorrência de tal vício, uma vez que os valores estipulados nos contratos são compatíveis com os limites fixados pelo Crea/SC. Destacam, outrossim, que os cálculos elaborados pela autoridade judicial foram absolutamente parciais, já que se fundaram em salários de servidores municipais.

Na mesma linha, Magrit Krueger assevera que os vencimentos de agentes públicos não constituem parâmetro seguro a fim de mensurar a ocorrência de superfaturamento.

As alegações, mais uma vez, não merecem guarida.

Apreciem-se, antes de mais nada, as razões invocadas pela Togada monocrática:

Veja-se que, à época, um Secretário Municipal, laborando por oito (8) horas diárias durante um mês, percebia cerca de dois mil e quinhentos reais (R\$ 2.500,00) (fl. 340). Tais dados permitem chegar à cifra de, aproximadamente, *quinze reais e sessenta e dois centavos (R\$ 15,62) por hora*. Outrossim, um engenheiro contratado para atuar no SAMAE, laborando por *quarenta (40) horas semanais e estando disponível para atender eventuais emergências ou solicitações*, recebia a quantia mensal um mil e oitocentos e cinqüenta reais (R\$ 1.850,00) (fls. 454 e 456), do que se extrai a importância aproximada de *onze reais e cinqüenta e seis centavos (R\$ 11,56)*.

[...]

Logo, se o demandado ARIEL ARNO PIZZOLATTI laborava apenas meio período em três dias por semana, ou seja, doze horas semanais, chega-se à espantosa conclusão de que o mesmo perceberia

mensalmente valor equivalente a dois mil, oitocentos e oitenta reais (R\$ 2.880,00) – tomando-se sessenta reais (R\$ 60,00) por hora – ou dois mil e quatrocentos reais (R\$ 2.400,00) – tomando-se cinquenta reais (R\$ 50,00) por hora.

Uma diferença mensal de cerca de um mil reais (R\$ 1.000,00), comparando-se a remuneração do engenheiro contratado para serviços junto ao SAMAE e o pagamento da empresa PIZZOLATTI/URBE, não parece significativa. No entanto, ao longo de apenas um ano, são doze mil reais que o erário perdeu, quando poderia ter investido tal montante em benefícios à sociedade pomerodense. Outrossim, a diferença torna-se gritante se verificado o caso do engenheiro do SAMAE este laborava por quarenta (40) horas semanais ao passo que a empresa PIZZOLATTI/URBE, através de ARIEL ARNO PIZZOLATTI, prestava serviços por somente doze (12) horas semanais, ou seja, por período mais de três vezes inferior ao do labor do profissional do SAMAE (fls. 1.849-1.850).

Ora, a explanação realizada pela autoridade judicial é de todo pertinente. A leitura do trecho em foco permite concluir que ela não fulcrou sua convicção na análise dos vencimentos dos servidores públicos integrantes dos quadros da Prefeitura Municipal de Pomerode. Pelo contrário, valeu-se de um contrato que, conforme já apreciado e, ainda, assinalado pelos próprios insurgentes, era semelhante àqueles firmados com a Urbe, uma vez que versava sobre atividades de “assessoria técnica e elaboração de projetos na área de engenharia civil para o SAMAE” (fls. 454-455).

A testemunha Lodemar Krueger – engenheiro que, por intermédio de sua firma individual, prestava os aludidos serviços para a autarquia local – percebia R\$ 1.850,00 (mil oitocentos e cinquenta reais) por mês, o que equivale a aproximadamente R\$ 11,56 (onze reais e cinquenta e seis centavos) por hora.

Acrescente-se, ademais, que as avenças foram executadas em igualdade de condições, já que, conforme consignam Guiomar Ehlert, Roseana Longhard e Jaime Eduardo Jensen, o recorrente Ariel, assim como Lode-

mar, executava o objeto dos contratos sozinho, sem o auxílio de nenhum funcionário.

Não obstante a inexistência de obreiros – o que implicaria a provisão de inúmeros encargos – a empresa apelante, por sua vez, fixou seu preço em R\$ 60,00 (sessenta reais) por hora nas Licitações n. 019/97, 001/98, 023/98, 017/99 e n. 002/00. No Certame n. 002/01, estipulou a importância de R\$ 50,00 (cinquenta reais) por hora laborada. Trata-se de importância que é cerca de doze vezes superior ao entabulado com Lodemar Krueger.

Tais evidências somam-se, ainda, às diferenças de valores pagos à Urbe no transcurso da execução das avenças. Entre 1º-1-1998 e 31-12-1998, a mencionada empresa recebeu dos cofres públicos o montante de R\$ 74.000,00 (setenta e quatro mil reais) (fl. 446). No mesmo interregno, porém, no ano seguinte, auferiu valor inferior, qual seja, R\$ 54.600,00 (cinquenta e quatro mil e seiscentos reais) (fl. 447). Já em 2000 percebeu a importância de R\$ 52.500,00 (cinquenta e dois mil e quinhentos reais) (fl. 449). Ocorre que as disparidades são inexplicáveis, uma vez que, tanto em 1998 quanto em 1999, Ariel laborava as mesmas horas semanais.

Com efeito, não merece guarida a assertiva de que os valores estipulados nos acordos são compatíveis com os limites fixados pelo Crea/SC. Isso porque os apelantes não acostaram ao feito nenhum subsídio de prova para dar suporte à alegação. É certo que o ônus lhes incumbia, consoante se extrai do art. 333, II, do Código de Processo Civil, motivo pelo qual se rechaça o argumento trazido a lume.

A diferença salta aos olhos e indica, portanto, de maneira inequívoca o superfaturamento dos contratos, bem assim o prejuízo impingido ao erário.

Mas não é só. Os elementos probantes arrolados denotam, também, o *animus* escuso de que estavam imbuídos os recorrentes e, por imperativo

lógico, a ocorrência de desvio de finalidade na deflagração dos seis procedimentos licitatórios viciados.

Nesse sentido, colhe-se da doutrina:

Desvio é o mesmo que mudança de direção, distorção, afastamento da finalidade. Poder é a faculdade ou a competência para decidir determinado assunto. Portanto, desviar o poder é afastá-lo, na prática de determinado ato, da finalidade a que a lei lhe confere. Assim, o agente desvia do destino legal o poder a ele conferido, afastando-o do espírito da lei.

A autoridade administrativa usa de sua competência para exercer o poder, não para perseguir o fim previsto em lei, mas outro, diverso daquele que esta lhe confere. *O caso mais clássico de desvio de poder é aquele em que o autor, movido por paixão política, executa um ato com um fim alheio ao interesse público*(grifou-se) (CARLIN, Volnei Ivo. *Manual de direito administrativo*. 4. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007. p. 242).

Maria Sylvia Zanella Di Pietro discorre também acerca do assunto:

Visto que a finalidade pode ter duplo sentido (amplo e restrito), pode-se dizer que ocorre o desvio de poder quando o agente pratica o ato com inobservância do interesse público ou com objetivo diverso daquele previsto explícita ou implicitamente na lei. O agente *desvia-se* ou *afasta-se* da finalidade que deveria atingir para alcançar resultado diverso, não amparado pela lei.

Conforme as palavras de Cretella Júnior (1977:184), “base para a anulação dos atos administrativos que nele incidem, o *desvio de poder* difere dos outros casos, porque não se trata aqui de apreciar objetivamente a conformidade ou não conformidade de um ato com a regra de direito, mas de preceder-se a uma dupla investigação de intenções subjetivas: é preciso indagar se os *móveis* que inspiram o autor de um ato administrativo são aqueles que, segundo a intenção do legislador, deveriam realmente inspirá-lo”.

[...]

Por isso mesmo, o desvio de poder comprova-se por meio de *indícios*; são os “sintomas” a que se refere Cretella Júnior (1977:209-210):

- “a) a motivação insuficiente,
- “b) a motivação contraditória,
- “c) a irracionalidade do procedimento, acompanhada da edição do ato,
- “d) a contradição do ato com as resultantes dos atos,
- “e) a camuflagem dos fatos,
- “f) a inadequação entre os motivos e os efeitos,
- “g) o excesso de motivação” (*Direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 231-232).

Na esteira das ilações promovidas pela doutrinadora, sabe-se que a teoria do desvio de finalidade tem nascedouro no princípio da moralidade administrativa, na medida em que esse último preconiza a apreciação da intenção volitiva do agente. Tal móvel há de surgir estreitamente vinculado ao propósito de atingir o bem comum, por meio da tomada de iniciativas que se harmonizem com a previsão abstrata da norma. Deve, em última análise, permitir que a ação, em sua gênese, apresente-se, a um só tempo, em conformidade com a lei e com a ética.

Desse modo, sempre que o gestor público pratica um ato para o qual é competente, mas, contudo, utiliza-se de seu poder para fins e em vista de objetivos diferentes daqueles para os quais e em vista dos quais ele foi conferido, toca ao Órgão Jurisdicional a tarefa de anulá-lo.

Com efeito, a nulidade ora tratada, é bom que se registre, opera efeitos *ex tunc*. Isso porque, seja em razão da inexistência de motivos, seja em decorrência do fim espúrio visado pelos apelantes, a má-fé – traduzida, para uns, na obtenção de proveito patrimonial à custa do erário e, para outros, na perpetuação das influências políticas na região – permeou todo o desenrolar dos fatos narrados na exordial.

A intensidade do dolo ínsito à conduta dos apelantes é de grau elevado, pois seis foram os certames viciados. Logo, consoante se infere da

redação do art. 59 da Lei n. 8.666/93 e do art. 12, II, da Lei n. 8.429/92, surge para os recorrentes a obrigação de ressarcir o erário municipal por todos os valores despendidos.

Nesse sentido, pronunciou-se o Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO. AÇÃO POPULAR. PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. DESOBEDIÊNCIA AOS DITAMES LEGAIS. CONTRATO DE QUANTIA VULTUOSA. DESIGNAÇÃO DA MODALIDADE “TOMADA DE PREÇOS” NO LUGAR DE “CONCORRÊNCIA PÚBLICA”. INSERÇÃO NO EDITAL DE CLÁUSULAS RESTRITIVAS DO CARÁTER COMPETITIVO DO CERTAME E ESTABELECIMENTO DE CLÁUSULAS QUE PERMITIRAM PREFERÊNCIAS E DISTINÇÕES INJUSTIFICADAS. DESVIRTUAMENTO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE ENTRE OS LICITANTES. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA. LESÃO AO ERÁRIO CONFIRMADA. NULIDADE. PRESERVAÇÃO DO POSICIONAMENTO DO JULGADO DE SEGUNDO GRAU.

[...]

4. As alegativas de afronta ao teor do parágrafo único do art. 49 do DL n. 2.300/86 e do parágrafo único do art. 59 da Lei n. 8.666/93 não merecem vingar. *A nulidade da licitação e do contrato só não poderia ser oposta aos recorrentes se agissem impulsionados pela boa-fé. No caso, vislumbra-se que houve concorrência dos mesmos, pelas condutas descritas, para a concretização do ato de forma viciada, ou seja, com o seu conhecimento.* Há de ser prontamente rechaçada a invocação de que a Administração se beneficiou dos serviços prestados, porquanto tornou públicos os atos oficiais do Município no período da contratação, de modo a não se permitir a perpetração do enriquecimento ilícito. A indenização pelos serviços realizados pressupõe tenha o contratante agido de boa-fé, o que não ocorreu na hipótese. *Os recorrentes não são terceiros de boa-fé, pois participaram do ato, beneficiando-se de sua irregularidade. O que deve ser preservado é o interesse de terceiros que de qualquer modo se vincularam ou contrataram com a Administração em razão do serviço prestado* (REsp. n. 579.541/SP, 1ª Turma, rel. Min. José Delgado, j. em 19-4-2004).

E, ainda:

ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. *DANO AO ERÁRIO PÚBLICO. LICITAÇÃO. CONVITE. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. LEGITIMIDADE. MINISTÉRIO PÚBLICO. RESSARCIMENTO. EMPRESA CONTRATADA. MÁ-FÉ. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA N. 07/STJ. ART. 12 DA LEI N. 8.429/92. CONFORMIDADE. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ADEQUAÇÃO. VALOR DA MULTA. DOBRO DO MONTANTE DO DANO.*

[...]

III -- *Não há que se falar em restituição à empresa contratada dos valores já despendidos pela mesma na execução do contrato, quando esta age com má-fé* (REsp. n. 440.178/SP, 1ª Turma, rel. Min. Francisco Falcão, j. em 8-6-2004).

Não se afirme, portanto, que a devolução integral do montante auferido com os contratos administrativos consubstancia enriquecimento sem causa do Poder Público. A hipótese em tela somente seria aceitável se os recorrentes agissem impulsionados pela boa-fé, o que não ocorreu. O aporte probatório, repise-se, dá conta de que eles não só participaram dos atos ímprobos, como se beneficiaram da prática das irregularidades administrativas.

Nessa esteira, o princípio da vedação do locupletamento ilícito, cujo teor tem suas raízes na equidade e na moralidade, não pode ser invocado por quem celebrou avença com a Municipalidade violando os preceitos mais comezinhos da Administração Pública, e agiu, por conseguinte, com comprovada má-fé.

Vislumbrar outro norte seria tornar legítimo o constante descumprimento dos princípios da moralidade e da juridicidade, esse último entendido como sucedâneo da legalidade estrita, uma vez que exige não somente a simples conformidade dos atos com lei, mas, também, a con-

sonância dos atos com as regras jurídicas, de modo a abarcar, portanto, os vetores básicos dispostos no art. 37, *caput*, da Carta Política.

As condenáveis práticas narradas na preambular denotam tanto a infringência dos preceitos legais pertinentes quanto dos imperativos morais norteadores do Poder Público.

Assim, merece ser prontamente repelida a invocação de que a Administração se beneficiou dos serviços prestados e, em razão disso, o ressarcimento integral do *quantum* percebido por Ariel e João Alberto, por intermédio da Urbe, constituiria enriquecimento desmedido do Ente de Direito Político. Isso porque, conforme dito à exaustão, a conduta de todos os envolvidos estava impregnada de má-fé.

De outro vértice, verifica-se que os recorrentes Ariel, Urbe Engenharia e Consultoria Ltda. e Henrique Drews Filho defendem que, durante a gestão do último, as contas do município de Pomerode foram aprovadas sem ressalvas pelo Tribunal de Contas e, em razão disso, não há falar no cometimento de atos de improbidade administrativa.

A pretensão dos sucumbentes, no entanto, esbarra na redação do art. 21, II, da Lei n. 8.429/92, a qual impende transcrever:

Art. 21. A aplicação das sanções previstas nesta lei independe:

[...]

II – da aprovação ou rejeição das contas pelo órgão de controle interno ou pelo Tribunal ou Conselho de Contas.

Com efeito, considerando que a Corte de Contas exerce função constitucional opinativa e atua como órgão auxiliar do Poder Legislativo, suas decisões não vinculam o Ministério Público no que tange ao ajuizamento de ação por improbidade administrativa, e tampouco o Poder Judiciário, no atinente ao julgamento do pedido deduzido na inicial, com a conseqüente imposição das sanções requeridas pelo representante do *Parquet*.

Nessa trilha, já decidiu este Soldalício:

ACÇÃO CIVIL PÚBLICA – PRESTAÇÃO DE CONTAS – PARECER PELA APROVAÇÃO EXARADO PELO TRIBUNAL DE CONTAS E ACOLHIDO PELA CÂMARA MUNICIPAL – DÍVIDA PARTICULAR DO AGENTE PÚBLICO – IMPOSSIBILIDADE DE TRANSAÇÃO - PREJUÍZO AO ERÁRIO – ATO DE IMPROBIDADE CONFIGURADO – DEVER DE INDENIZAR.

1. Face ao disposto no inc. XXXV do art. 5º da Carta Magna, o parecer favorável do Tribunal de Contas e a aprovação da prestação de contas pela Câmara Municipal não têm o condão de impedir que o Poder Judiciário, por meio da ação apropriada, aprecie a ilicitude dos atos praticados pelo administrador público (Ap. Cív. n. 1999.003874-2, de Balneário Camboriú, rel. Des. Luiz César Medeiros, j. em 20-5-2002).

Afasta-se, portanto, a alegativa.

Por derradeiro, argumenta a insurgente Magrit que o certame levado a cabo sob os seus cuidados em nada se assemelhou aos anteriores, uma vez que dele participaram empresas sediadas no município de Pomerode. Salienta que fiscalizou, por intermédio de seus prepostos, o trabalho desenvolvido pela empresa co-ré, bem como as horas laboradas por Ariel Arno Pizzolatti. Reconhece que tais atos, quando muito, decorreram de sua inabilidade como alcaide, de modo que não há dolo ou culpa em sua conduta.

Entretanto, melhor sorte não a socorre.

Como já demonstrado à exaustão, a Licitação n. 002/01, deflagrada pela recorrente após 16 dias da assunção do cargo de prefeita, padeceu de vícios comuns aos constatados nos certames anteriores, tais como a desnecessidade dos serviços contratados, a participação de parlamentar no quadro societário da empresa vencedora, a imprecisão do objeto do procedimento e, finalmente, o superfaturamento dos preços praticados.

É certo que, como Chefe do Poder Executivo, a autoridade estava incumbida do dever funcional de preservar a coisa pública e buscar o fiel cumprimento da lei, ao passo que é competente para o ordenamento das despesas no âmbito da Administração local.

Com efeito, muito embora não seja a imediata beneficiária do ato ímprobo, a alcaide facilitou o seu proveito, omitindo-se de zelar pelo erário. Causou, por via indireta, a perda patrimonial da Municipalidade.

Destarte, o fato de Magrit pertencer ao mesmo partido político do deputado João Alberto não enseja, por si só, a sua condenação no feixe de sanções delineado pela Lei n. 8.429/92. O que permite o decreto condenatório é, sim, o farto material probatório contra ela produzido.

Tais subsídios de prova conduzem à inexorável conclusão de que, se a recorrente não possuía vontade livre e consciente dirigida à produção do resultado danoso, assumiu, sim, o risco de produzi-lo, já que repetiu os mesmos vícios dos certames anteriores.

Sobre o elemento volitivo de que deve estar imbuído o agente político, Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves destacam:

Não haverá que se falar em improbidade se os fatores externos concorrerem para a causação do dano ao erário, ou mesmo se a ocorrência deste transcendeu a esfera de previsibilidade do agente, o qual, apesar de ter valorado adequadamente todas as circunstâncias presentes por ocasião da prática do ato, não pode evitar o fato danoso. Inexistindo dolo ou culpa, não haverá que se falar em incidência do art. 10 da Lei de Improbidade.

Por outro lado, agindo com dolo ou culpa (leve, grave ou gravíssima), sofrerá o agente político as sanções cominadas, não havendo previsão legal de um salvo-conduto para que possa dilapidar o patrimônio público com a prática de atos irresponsáveis e completamente dissociados da redobrada cautela que deve estar presente entre todos aqueles que administram o patrimônio alheio (*Improbidade administrativa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 258-259).

Desse modo, não há como a recorrente se valer da alegada boa-fé para justificar o descompasso de sua conduta com a dicção do art. 37, *caput*, da Lei Fundamental, bem como dos arts. 10, V, VIII e XII, e 11, ambos da Lei n. 8.429/92.

Vale ressaltar, no entanto, que o convite de empresas locais para tomar parte do procedimento, a fiscalização das horas trabalhadas, a diminuição do *quantum* das propostas, bem como a rescisão do contrato inquinado de máculas, ao tomar conhecimento de que o Ministério Público instaurara inquérito civil para a apuração dos ilícitos, consubstanciam circunstâncias a serem consideradas na fixação das sanções. No entanto, de maneira alguma implicam o completo afastamento da responsabilidade imputada à ex-alcaide.

Não se diga, na mesma trilha, que as ilegalidades narradas na preambular foram fruto da inabilidade no trato da *res* pública, já que é patente, por todo o exposto, a configuração de conduta dolosa perpetrada pela agente política.

Assim sendo, pela exaustiva análise empreendida, não pairam dúvidas acerca da responsabilidade dos recorrentes. Todos eles foram partícipes ativos dos engodos engendrados contra o município de Pomerode, razão pela qual soam despropositadas e sem respaldo no contexto probatório as alegativas dos imputados no sentido de não terem compactuado com os atos ímprobos e deles não terem auferido nenhum benefício.

Nessa esteira, a manutenção da sentença objurgada é medida que se impõe.

Contudo, não obstante o irretorquível acerto da Togada *a quo* na apreciação da prova coligida, observa-se que a decisão monocrática se furto de impor aos insurgentes João Alberto Pizzolatti Junior e Ariel Arno Pizzolatti as sanções atinentes aos atos de improbidade que importam

enriquecimento ilícito (art. 12, I, do diploma em apreço), muito embora tenha reconhecido, no corpo do julgado, a sua configuração.

Por certo, a questão sob o foco não pode ser dirimida em sede recursal, uma vez que o Ministério Público deixou de manejar a competente irresignação. Caso contrário, estar-se-ia diante de verdadeira *reformatio in pejus*, prática vedada pelo ordenamento jurídico, consoante ilustram Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery:

Proibição da *reformatio in peius*. Também denominado de princípio do efeito devolutivo, a proibição da reforma para pior tem como fundamento o princípio dispositivo: não pode o tribunal piorar a situação processual do único recorrente, retirando-lhe vantagem dada pela sentença, sem que para tanto haja pedido expresso da parte contrária (*Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 884).

Com efeito, por serem as penalidades do art. 12, I, da Lei n. 8.429/92 as mais gravosas dentre as existentes no aludido diploma repressivo, há que permanecer intacto, nesse particular, o *decisum* vergastado.

De outra ponta, vislumbra-se, ainda, a necessidade de proceder-se a alguns reparos, mormente no tocante à aplicação cumulativa das reprimendas referentes às práticas definidas nos arts. 10 e 11 da Lei de Improbidade.

Como é cediço, as imposições sancionatórias decorrentes da prática de infrações que atentam contra os princípios da Administração Pública só têm assento quando estas forem perpetradas isoladamente, ou seja, quando não se subsumirem à tipificação definida nos arts. 9º e 10 da Lei n. 8.429/92. A não ser assim, inevitavelmente, qualquer um dos ilícitos esculpidos nos citados dispositivos legais implicaria o enquadramento também no art. 11, já que toda conduta ímproba redundará na violação dos deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições.

Sobre o tema, Marino Pazzaglini Filho pontifica:

Assim, se o ato violador de princípio constitucional administrativo resultar enriquecimento ilícito do agente público que o praticou, há absorção da regra do art. 11 (subsidiária), contida no art. 9º (principal), por esta. E, da mesma forma, *se da afronta a princípio constitucional decorrer lesão ao erário, configura-se somente ato ímprobo de lesividade ao patrimônio público que, em face do princípio da subsidiariedade, absorve aquela (Lex primaria derogat legi subsidiariae).*

Logo, a figura da improbidade administrativa por transgressão a princípio constitucional que rege a Administração Pública está contida nas normas principais que definem os tipos mais graves de improbidade (art. 9º e 10). E, por isso, sua aplicação subordina-se à não-aplicação daquelas (grifo nosso) (*Lei de Improbidade administrativa comentada*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 101).

Assim, impõe-se o provimento parcial dos apelos apenas para que se proceda à correção apontada, limitando a aplicação das sanções às práticas definidas no art. 10, V, VIII e XII, da Lei n. 8.429/92.

Desse modo, em resumo, as reprimendas ficam estabelecidas nos seguintes termos, à luz do que alude o art. 12, II, da Lei n. 8.429/92:

1) João Alberto Pizzolatti Junior

a.1) ressarcimento integral e solidário do dano equivalente à totalidade dos valores que lhe foram pagos pelo Município, por intermédio de sua empresa Urbe Engenharia e Consultoria Ltda., concernentes às seis licitações examinadas, acrescidos de juros e correção monetária a partir dos pagamentos efetuados;

b.1) suspensão dos direitos políticos pelo interregno de 5 (cinco) anos e meio;

c.1) pagamento de multa civil, arbitrada na importância de 1 (uma) vez o montante do prejuízo infligido, acrescida de juros e correção monetária.

Reduz-se, portanto, a bem do princípio da proporcionalidade, o valor da multa. Isso porque, consoante se infere do art. 12, II, da Lei n. 8.429/92, quanto á dosimetria das sanções, o julgador poderá fixar a penalidade em até duas vezes a monta do dano. Assim sendo, considerando o patamar estipulado para as demais reprimendas, a minoração do seu *quantum* é medida mais adequada.

Com idêntico supedâneo, estende-se a benesse, também, aos recorrentes Ariel Arno Pizzolatti, Urbe Engenharia e Consultoria Ltda. e Henrique Drews Filho.

d.1) 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 5 (cinco) anos.

No tocante à perda da função pública, tem-se que a questão importa num estudo mais detido.

Assinala o apelante João Alberto que, como é público e notório, foi reeleito deputado federal durante a tramitação do feito em epígrafe. Nessa linha, adverte que a decretação da perda do seu mandato é prerrogativa exclusiva da Câmara dos Deputados. Salienta que, em razão disso, teria a autoridade judicial usurpado a competência da mencionada Casa Legislativa. Arremata asseverando que a sentença objurgada estaria inquinada de irremediável vício, de modo que a sua anulação seria medida adequada.

Com razão, em parte, o recorrente.

O art. 55, IV, da Carta Magna, assim consigna:

Art. 55. Perderá o mandato o Deputado ou Senador:

[...]

IV – que perder ou tiver suspensos os direitos políticos.

Mais adiante, dispõe o § 3º, do mesmo dispositivo:

§ 3º. Nos casos previstos nos incisos III a V, *a perda será declarada pela Mesa da Casa respectiva, de ofício ou mediante provocação de qualquer de seus membros*, ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada a ampla defesa (grifo nosso).

Sobre o tema, são elucidativas as lições de Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves:

Como se vê, *em qualquer hipótese a perda do mandato está condicionada ao prévio pronunciamento do órgão competente do Poder Legislativo*, o que afasta a possibilidade de que ela advenha de sentença prolatada em ação civil que sejam perquiridos os ilícitos praticados pelos membros do Congresso Nacional.

Identificada a improbidade, poderá o órgão jurisdicional aplicar as demais sanções elencadas no art. 12 da Lei n. 8.429/92, devendo ser providenciado o encaminhamento de peças de informação à respectiva Casa Legislativa para fins de cassação do mandato parlamentar.

Em tempo, acrescentam os autores:

É interessante observar que dentre as sanções previstas nos arts. 15, V e 37, § 4º da Constituição e na Lei n. 8.429/92 está a suspensão dos direitos políticos, sendo consequência desta, como foi visto em sua análise, a cassação do mandato. Por força do art. 55, IV, da Constituição, perderá o mandato o parlamentar que tiver seus direitos políticos suspensos, o que será *declarado* pela Mesa da Casa respectiva. *Ao falar em declaração, pretendeu o Constituinte estabelecer uma distinção com a suspensão dos direitos políticos advinda de condenação criminal em sentença transitada em julgado* (art. 15, III, da CR/88).

Nessa última hipótese, apesar de estarem suspensos os direitos políticos do parlamentar, a perda do mandato está condicionada à *decisão* discricionária da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal (art. 55, VI e § 2º). *Diferentemente, tratando-se de suspensão dos direitos políticos decorrente de condenação pela prática de ato de improbidade, a Mesa da Casa Legislativa se limitará a verificar o teor da decisão judicial, com ulterior declaração de perda do mandato* (art.

55, IV e § 3º) (grifo nosso) (*Improbidade administrativa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 468-469).

Com efeito, à luz do que alude o permissivo constitucional, a extinção de mandato parlamentar é, de fato, atribuição exclusiva da Câmara, muito embora tenha — nas condenações pela prática de atos ímprobos que determinem a suspensão dos direitos políticos, tal qual a presente — natureza vinculada e cunho meramente declaratório.

No entanto, ao contrário do que quer fazer crer o apelante, a simples circunstância de a autoridade judicial ter imposto a sanção em apreço não tem condão de, por si só, eivar a totalidade do julgado. Trata-se, por conseguinte, de irregularidade, sanável neste grau de jurisdição.

Acrescente-se, ainda que admitida a ocorrência de nulidade, este Órgão Fracionário estaria autorizado a não pronunciá-la, consoante se depreende do § 2º do art. 249 do Código de Processo Civil:

§ 2º. Quando puder decidir do mérito a favor da parte a quem aproveite a declaração da nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato, ou suprir-lhe a falta.

Logo, com fulcro nas ilações ora empreendidas, impõe-se a reforma da sentença também nesse ponto, a fim de afastar a incidência da reprimenda de perda da função pública de João Alberto Pizzolatti Junior.

2) Ariel Arno Pizzolatti

a.2) ressarcimento integral e solidário do dano equivalente à totalidade dos valores que lhe foram pagos pelo Município, por intermédio de sua empresa *Urbe Engenharia e Consultoria Ltda.*, concernentes às seis licitações examinadas, acrescidos de juros e correção monetária a partir dos pagamentos efetuados;

b.2) suspensão dos direitos políticos pelo interregno de 5 (cinco) anos e meio;

c.2) adimplemento de penalidade civil, fixada em 1 (uma) vez o valor do dano suportado pela Municipalidade, acrescido de juros e correção monetária;

d.2) 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 5 (cinco) anos.

3) Urbe Engenharia e Consultoria Ltda.

a.3) ressarcimento integral e solidário do dano atinente à totalidade dos valores que foram pagos pelo Município a seus proprietários, Ariel Arno Pizzolatti e João Alberto Pizzolatti Junior, referentes às seis licitações examinadas, acrescidos de juros e correção monetária a partir dos pagamentos efetuados;

b.3) pagamento de multa civil, arbitrada em 1 (uma) vez o montante percebido dos cofres públicos, corrigido monetariamente;

c.3) 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 sócia-majoritária, pelo prazo de 5 (cinco) anos.

4) Henrique Drews Filho

a.4) ressarcimento integral e solidário do dano equivalente à totalidade dos valores pagos pelo Município à empresa Urbe Engenharia e Consultoria Ltda., relativos às Licitações n. 019/97, 001/98, 023/98, 017/99 e 002/00, acrescidos de juros e correção monetária a partir dos pagamentos efetuados;

b.4) perda de função pública assumida entre a data da publicação da sentença e a data do seu trânsito em julgado;

c.4) suspensão dos direitos políticos pelo prazo de 5 (cinco) anos, uma vez que a condenação *a quo* fixou em tal patamar pela infringência ao art. 10 e consectários da Lei n. 8.429/92;

d.4) pagamento de multa civil, na importância de 1 (uma) vez o valor do prejuízo causado ao erário, corrigido monetariamente;

e.4) 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 5 (cinco) anos.

5) Magrit Krueger

a.5) ressarcimento integral e solidário do prejuízo concernente aos valores pagos pelo Município à empresa Urbe Engenharia e Consultoria Ltda., relativos à Licitação n. 002/01, acrescidos de juros e correção monetária a partir dos pagamentos efetuados;

b.5) pagamento de multa civil, estipulada em 1/3 (um terço) da monta do dano causado pela deflagração do Certame n. 002/01, corrigido monetariamente;

c.5) 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 5 (cinco) anos.

Com efeito, considerando que a extensão do dano suportado pela Administração foi, no caso do Procedimento n. 002/01, menor e, ainda, a conjugação de esforços para minimizar as conseqüências dos atos ímprobos, impende afastar a reprimenda de perda da função pública imposta pela sentença *a quo* e reduzir o valor da penalidade civil impingida.

Por certo, tais providências são consentâneas com o princípio da proporcionalidade e, em última análise, homenageiam a dicção do parágrafo único do art. 12 da Lei n. 8.429/92.

6) Reimund Viebrantz

Não obstante o apelo de Reimund Viebrantz tenha sido fulminado pela deserção, ante a falta do devido preparo, a dosimetria das sanções a ele impostas se faz necessária.

Nos termos do *caput* do art. 509 do Código de Processo Civil, "o recurso interposto por um dos litisconsortes a todos aproveita, salvo se distintos ou opostos os seus interesses".

É bem verdade, contudo, que o dispositivo em apreço tem larga aplicação nos casos em que há litisconsórcio unitário, ou seja, quando a lide tiver de ser decidida de maneira uniforme para todos os seus integrantes.

Evidentemente, essa não é a hipótese em tela, já que os réus foram condenados a reprimendas que, muito embora sejam da mesma espécie, diferiram quanto à dosimetria.

Ocorre que, na aplicação das penalidades, a decisão vergastada incorreu em *bis in idem*. Por isso, com o provimento parcial das apelações interpostas pelos demais que ora se promove, todos acabaram condenados somente pela prática do ato de improbidade exposto no art. 10 da Lei n. 8.429/92 e, por conseguinte, tiveram expurgadas as imposições sancionatórias referentes ao art. 11 da mesma norma.

Assim, ante a identidade da situação dos réus, em nome da equidade e, mormente, em atenção ao senso de proporcionalidade, impende estender a benesse também ao demandado.

Nesse sentido, já decidiu a Câmara:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. [...] MÉRITO. IDENTIDADE DA SITUAÇÃO DOS RÉUS. PRINCÍPIO DA PRO-

PORCIONALIDADE. APROVEITAMENTO DO ACÓRDÃO RECORRIDO, NO QUE FOR ÚTIL. ART. 509, *CAPUT*, DO CPC. PROVIMENTO PARCIAL DOS EMBARGOS PARA ESTENDER À EMBARGANTE OS EFEITOS DO ACÓRDÃO NO QUE TANGE ÀS SANÇÕES FIXADAS. PROVIDÊNCIA APLICADA, DE OFÍCIO, AO OUTRO RÉU (EDAp. Cív. n. 2002.017554-0/0001.00, de Tubarão, rel. Des. Vanderlei Romer, j. em 28-7-2005).

Desse modo, altera-se a condenação de Reimund Viebrantz, tão-somente para excluir as sanções do art. 12, III, da Lei n. 8.429/92 contra ele impostas; remanescem, no entanto, às atinentes ao art. 12, II, do mesmo Diploma, da seguinte forma:

a.6) ressarcimento integral e solidário do dano equivalente à totalidade dos valores pagos pelo Município à empresa Urbe Engenharia e Consultoria Ltda., relativos às Licitações n. 019/97, 001/98, 023/98, 017/99 e 002/00, acrescidos de juros e correção monetária a partir dos pagamentos efetuados;

b.6) a perda de função pública, assumida entre a data da publicação da sentença e a data do seu trânsito em julgado;

c.6) a suspensão dos direitos políticos pelo prazo de 5 (cinco) anos;

d.6) o pagamento de multa civil, arbitrada em 1 (uma) vez o valor do prejuízo causado, corrigido monetariamente;

e.6) a 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 5 (cinco) anos.

Ante o exposto, não se conhece do apelo de Reimund Viebrantz; estendendo-lhe todavia, por força do art. 509 do Código de Processo Civil, os efeitos do presente acórdão, tão-somente para extirpar as sanções do art. 12, III, da Lei n. 8.429/92. No tocante aos reclamos de

João Alberto Pizzolatti Junior, Ariel Arno Pizzolatti, Urbe Engenharia e Consultoria Ltda., Henrique Drews Filho e Magrit Krueger, rejeitam-se as preliminares aventadas e, no mérito, dá-se parcial provimento a todos recursos, para afastar a cominação das reprimendas do art. 12, III, da Lei n. 8.429/92, bem como reduzir o valor das multas civis estipuladas. Além disso, em relação a João Alberto e Magrit, rechaça-se, também, a incidência da sanção de perda da função pública.

DECISÃO

Nos termos do voto do Relator, decide a Câmara, por unanimidade, não conhecer do apelo de Reimund Viebrantz, estende-lhe, todavia, por força do art. 509 do Código de Processo Civil, os efeitos do presente acórdão; rejeitar as preliminares e dar parcial provimento aos recursos.

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Vanderlei Romer e Sérgio Roberto Baasch Luz. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Anselmo Jerônimo de Oliveira.

Florianópolis, 11 de junho de 2007.

Volnei Carlin
PRESIDENTE E RELATOR

Apelação Cível n. 2007.011720-3, de Itaiópolis

Relator: Des. Vanderlei Romer

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. ERRO DE DIAGNÓSTICO. AUTORA QUE DÁ ENTRADA EM NOSOCÔMIO PÚBLICO COM QUADRO DE DOR INTENSA E SINTOMAS DE APENDICITE. ERRO DE DIAGNÓSTICO, NÃO ESCUSÁVEL E RESULTANTE DE UMA EVIDENTE INVESTIGAÇÃO CLÍNICA MAL REALIZADA, QUE PROPICIOU O AGRAVAMENTO DO QUADRO, OCASIONANDO A PERITONITE, COM RISCO DE VIDA. SUBMISSÃO A INÚMERAS CIRURGIAS, TANTO PARA A RECUPERAÇÃO DE SUA SAÚDE COMO PARA FINS ESTÉTICOS. PROCEDÊNCIA PARCIAL DO PEDIDO. REFORMA DO *DECISUM*.

Por via de regra, “o erro de diagnóstico não enseja a responsabilização do médico pelos eventuais danos causados ao paciente, uma vez que a atividade desempenhada pelo profissional de saúde não se sujeita à infalibilidade, mormente diante da complexidade do enquadramento dos sintomas apresentados à gama de doenças catalogadas” (Embargos Infringentes n. 2006.013665-7, rela. Des. Salete Silva Sommariva).

Contudo, “[...] agirá o médico com culpa [...] por ter insistido em manter-se dentro de uma conduta não satisfatória e não adequada, não advindo daí nenhum benefício para o seu paciente e, por conta da qual, não poderá este último apresentar progresso ou melhora em sua patologia” (GIOSTRI, Hildegard Taggsell. *Erro médico à luz da jurisprudência comentada*. Curitiba: Juruá, 2000. p. 138).

Na hipótese, o sintoma apresentado pela autora não apontava exclusivamente para o diagnóstico apurado de infecção intestinal, mas também para um quadro de apendicite, a impor a realização de uma apendicectomia. O que jamais poderia ter ocorrido era a alta médica da paciente, o que retardou sobremaneira o procedimento e acabou por colocá-la em situação de alto risco de vida e causar-lhe seqüelas irreversíveis.

Caracterizou-se, assim, a responsabilidade subjetiva do médico que prestou o atendimento inadequado à enferma, bem como a responsabilidade objetiva da Fundação Hospitalar, uma vez que demonstrados a contento o fato administrativo (diagnóstico errôneo), o dano (infecção) e o nexo causal (infecção resultante do equivocado diagnóstico realizado pelo médico).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2007.011720-3, da comarca de Itaiópolis (vara única), em que é apelante Eliane Becker, e apelados Fundação Hospitalar Municipal Santo Antônio, Marcelo Osório Cassiano e Fábio Ricardo dos Santos:

ACORDAM, em Primeira Câmara de Direito Público, por votação unânime, prover parcialmente o recurso quanto à Fundação Hospitalar Municipal Santo Antônio e Marcelo Osório Cassiano, mantida a sentença quanto a Fábio Ricardo dos Santos. Custas na forma da lei.

RELATÓRIO

Tratam os autos de ação de indenização ajuizada por Eliane Becker contra a Fundação Hospitalar Municipal Santo Antônio, Marcelo Osório Cassiano e Fábio Ricardo dos Santos.

Expôs a autora que, em 23 de maio de 1995, acometida de dores insuportáveis na região abdominal, foi internada no Hospital Santo Antônio. Diante da suspeita de congestão ou infecção intestinal, permaneceu no nosocômio até o dia 25, sob observação. No dia seguinte, contudo, o quadro não se modificou, o que a levou a retornar a instituição. Diagnosticada apendicite aguda supurada, foi imediatamente submetida à intervenção cirúrgica, realizada pelo médico ora réu, Dr. Fábio Ricardo dos Santos, assistido pelo segundo requerido, Marcelo Osório Cassiano, o qual foi o responsável pela sua liberação no dia 25.

Anotou que permaneceu entre a vida e a morte até o dia 6 de junho de 1995, quando foi encaminhada ao Hospital Universitário Evangélico em Curitiba, onde sofreu nova cirurgia. Permaneceu na UTI por nove dias e retornou para a sua residência apenas em 28 de junho de 1995.

Noticiou que, em 24 de novembro do mesmo ano, foi feita uma nova intervenção, denominada decolostomia.

Assinalou, ainda, que, em virtude do ocorrido, passou a apresentar estenose de traquéia, o que deu azo a novas internações e procedimentos cirúrgicos, dois de caráter corretivo, uma vez que desfigurado o seu abdômen.

Todos esses fatos, gizou, trouxeram-lhe transtornos emocionais, físicos e financeiros, os quais atribuiu ao erro médico que assegurou ter sido perpetrado pelos requeridos, uma vez que, no momento em que deu entrada no Hospital com fortes dores, limitaram-se a interná-la, sem submetê-la a nenhum exame, o que propiciou o agravamento da infecção. Aduziu que também a malfadada técnica cirúrgica empregada causou danos irreparáveis a sua saúde, tanto estéticos como físicos.

Dizendo ser manifesta, por conseguinte, a responsabilidade dos médicos e da Fundação pelo ressarcimento dos danos que sofreu, tanto os materiais como os imateriais, propugnou pela sua condenação ao paga-

mento da quantia de 3.000 salários mínimos, referente aos danos morais e estéticos, mais lucros cessantes e danos emergentes no importe de 5 (cinco) salários mínimos até completar 65 anos e, finalmente, das despesas havidas com cirurgias e demais tratamentos médicos.

Em contestação conjunta, Marcelo Osório Cassiano e Fábio Ricardo dos Santos suscitaram, preliminarmente, a inépcia da inicial e a sua ilegitimidade passiva *ad causam* para residir na lide.

No mérito, redargüiram a alegação de que se houveram com negligência, imprudência e imperícia. Relataram que a apendicite ocorreu coincidentemente logo após o quadro de gastroenterite, diagnosticado em 23 de maio, e que, três dias após, a autora foi submetida a laparotomia exploradora, com a extirpação do elemento purulento presente. Enfatizaram que foram seguidos à risca todos os procedimentos necessários, com a utilização de material apropriado, e que a intervenção cirúrgica era absolutamente indispensável, diante do quadro de infecção instalado na região abdominal. Atribuíram o agravamento do quadro à grande quantidade de secreção purulenta e, ainda, à infecção hospitalar contraída no pós-operatório, o que deu azo à remoção da paciente para o Hospital Evangélico de Curitiba, que dispunha de mais recursos. Acresceram que os instrumentos médicos utilizados na intervenção estavam em perfeitas condições de uso e eficiência, com rigorosa observância das normas de higiene.

Negaram, por fim, onexo de causalidade entre o procedimento perpetrado e o dano alegado, e propugnaram pela rejeição da *actio*.

Afirmaram que todas as atribulações que se seguiram à intervenção cirúrgica não lhes podem ser imputadas, uma vez que obraram com todo o zelo ao realizá-la. Discorreram, ainda, sobre as verbas indenizatórias postuladas e propugnaram pela improcedência do pleito.

A defesa oferecida pela Fundação Hospitalar aventou, por igual, prejudicial de ilegitimidade passiva e, no *meritum causae*, a incorrência de desídia por parte dos profissionais.

Oferecida a réplica, o MM. Juiz indeferiu o pedido de tutela antecipada formulado e, em audiência, rejeitou as preliminares e designou prova pericial.

Nomeados os peritos, aportou nos autos o Laudo Pericial n. 3594/03, elaborado pelos médicos legistas Joyce Tarnowski Leitão e José Maurício da Costa Ortiga, no qual constou que, por determinação do Conselho Regional de Medicina, “os peritos do IML não podem avaliar erro, imperícia ou negligência médica” (fl. 363).

Após uma série de percalços, consistentes na impossibilidade da nomeação de um perito, o Dr. Marcos Souza aceitou o *munus* (fl. 477).

O laudo médico-pericial aportou no processo às fls. 532-564.

Encerrada a instrução processual, apresentadas as alegações finais e ouvido o *Parquet*, o MM. Juiz sentenciou julgando improcedente a pretensão inaugural.

Irresignada, recorreu a vencida.

Argumentou que a negligência, a imperícia e a imprudência com que se houveram os requeridos não se limitaram ao momento do primeiro atendimento, mas, sim, a todo o período em que esteve em observação, na cirurgia realizada e no pós-operatório.

Asseverou que, ao adentrar na Fundação Hospitalar, conquanto apresentado inchaço na região abdominal e acometida de fortes dores, sintomas que já permitiam o diagnóstico de apendicite, foi tratada como se estivesse sofrendo de uma simples gastroenterite/infecção intestinal. Nisso, salientou, residiu o primeiro erro médico. Sublinhou que o exame de sangue

a que foi submetida já acusou a existência de anomalias compatíveis com o quadro de apendicite. Registrou, ainda, que, nos termos do quesito n. 7, de fl. 544, o perito consignou que não foram tomadas todas as medidas adequadas para o diagnóstico e para a elucidação do quadro clínico.

Enfatizou, de outro vértice, que a alta médica, concretizada no dia 25 de maio, foi o fator decisivo para o agravamento do quadro, porquanto se desde logo fosse realizado o procedimento a apendicite não teria supurado, tampouco teria havido a perfuração do intestino.

Nesse contexto, concluiu que o desfecho da lide só poderia ser um, qual seja o acolhimento de todos os pedidos, o que torna imperativa a reforma do *decisum*.

Com as contra-razões, alçaram os autos.

VOTO

Toda a argumentação recursal centra-se nas conclusões do perito, que, nos termos do articulado, tornam absolutamente clara a desídia com que se houveram os réus.

Curiosamente, é com lastro também na perícia que o MM. Juiz, encampando parecer ministerial, rejeitou o pleito inaugural.

Daí por que a análise do laudo produzido em Juízo é, sem sombra de dúvida, de suma importância para o deslinde da controvérsia.

Primeiramente, contudo, há que dizer que a lide não está circunscrita apenas à apuração da responsabilidade objetiva da pessoa jurídica de direito público acionada, mas, também, da culpa dos médicos que prestaram o atendimento à requerente. Para eles, só advirá a obrigação de indenizar se comprovado que se houveram com negligência, imprudência ou imperícia.

Quanto à Fundação Hospitalar Municipal Santo Antônio, portanto, urge verificar se há nexos causal entre o ato administrativo e o prejuízo causado à ora irresignada. Prescindível, por conseguinte, é a apreciação dos elementos subjetivos. Vale, ainda, anotar que, caracterizada a responsabilidade objetiva, cumpre ao ente público comprovar a inexistência do fato administrativo, do dano ou a ausência de relação de causalidade entre o fato e o dano.

Sobre o tema, oportuna é a transcrição de decisão monocrática do Pretório Excelso, da boa lavra do Ministro Celso de Mello, assaz elucidativa:

Como se sabe, a teoria do risco administrativo, consagrada em sucessivos documentos constitucionais brasileiros, desde a Carta Política de 1946, revela-se fundamento de ordem doutrinária subjacente à norma de direito positivo que instituiu, em nosso sistema jurídico, a responsabilidade civil objetiva do Poder Público, pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros (CF, art. 37, § 6º).

Essa concepção teórica, que informa o princípio constitucional da responsabilidade civil objetiva do Poder Público, faz emergir, da mera ocorrência de ato lesivo causado à vítima pelo Estado, o dever de indenizá-la pelos danos sofridos, independentemente de caracterização de culpa dos agentes estatais, consoante enfatiza o magistério da doutrina (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 21. ed. Malheiros, 1996. p. 561; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 5. ed. Atlas, 1995. p. 412-413; GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. Saraiva, 1989. p. 410-411; BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. Saraiva, 1992. vol. 3. tomo III/172; SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 12. ed. Malheiros, 1996. p. 620-621).

É certo, no entanto, que o princípio da responsabilidade objetiva não se reveste de caráter absoluto, eis que admite o abrandamento e, até mesmo, a exclusão da própria responsabilidade civil do Estado, nas hipóteses excepcionais configuradoras de situações liberatórias — como o caso fortuito e a força maior — ou evidenciadoras de

ocorrência de culpa atribuível à própria vítima (RDA 137/233, RTJ 55/50, RTJ 163/1.107-1.109, *v.g.*).

Impõe-se destacar, neste ponto, na linha da jurisprudência prevalente no Supremo Tribunal Federal (RTJ 163/1.107-1.109, rel. Min. CELSO DE MELLO), que os elementos que compõem a estrutura e delineiam o perfil da responsabilidade civil objetiva do Poder Público compreendem (a) a alteridade do dano, (b) a causalidade material entre o *eventus damni* e o comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente público, (c) a oficialidade da atividade causal e lesiva imputável a agente do Poder Público, que, nessa condição funcional, tenha incidido, como na espécie, em conduta comissiva, independentemente da licitude, ou não, do seu comportamento funcional (RTJ 140/636) e (d) a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal (RTJ 55/503, RTJ 71/99, RTJ 91/377, RTJ 99/1155, RTJ 131/417).

É por isso que a ausência de qualquer dos pressupostos legitimadores da incidência da regra inscrita no art. 37, § 6º, da Carta Política basta para descaracterizar a responsabilidade civil objetiva do Estado, especialmente quando ocorre circunstância que rompe o nexo de causalidade material entre o comportamento do agente público e a consumação do dano pessoal ou patrimonial infligido ao ofendido.

Esclareça-se, por oportuno, que todas as considerações já feitas aplicam-se, sem qualquer discepção, em tema de responsabilidade civil objetiva do Poder Público, a situações — como a destes autos — em que o *eventus damni* ocorreu em hospitais públicos (ou mantidos pelo Poder Público) ou derivou de tratamento médico inadequado ministrado por funcionário público (RT 304/876, rel. Min. Vilas Boas) ou, então, resultou de conduta imputável a servidor público com atuação na área médica (RT 659/139 — RJTJSP 67/106-107, *v.g.*):

"O Estado responde pela cegueira conseqüente a infecção adquirida por pessoa internada em hospital por ele mantido" (RF 89/178, rel. Des. Mário Guimarães — grifei) "PROCESSUAL CIVIL — RESPONSABILIDADE CIVIL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. I — 'Se o erro ou falha médica ocorrer em hospital ou outro estabelecimento público, a responsabilidade será do Estado (Administração Pública), com base no art. 37, § 6º, da Constituição Federal [...]"

(AC 278.427, rel. Juiz Castro Aguiar — TRF/2ª Região, DJU de 22-8-2003, p. 255).

"CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MATERIAIS E DANOS MORAIS. INVALIDEZ RESULTANTE DE ATO CIRÚRGICO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. INDENIZAÇÃO DEVIDA.

"1. A Fundação Universidade Federal de Mato Grosso, na qualidade de mantenedora do Hospital Universitário Júlio Müller, responde objetivamente pelos danos resultantes de ato cirúrgico a que foi submetido o autor naquele nosocômio (CF, art. 37, § 6º)" (AC n. 01000520560, rel. Juiz Daniel Paes Ribeiro — TRF/1ª Região, DJU de 3-4-2003, p. 142 — grifei).

"[...] 2. Sendo objetiva a responsabilidade do Hospital conveniado e do INAMPs, estes respondem pelos danos causados ou produzidos diretamente por agentes que estavam a seu serviço, independentemente da apuração de culpa ou dolo. O constituinte estabeleceu para todos os entes do Estado e seus desmembramentos administrativos a obrigação de indenizar o dano causado a terceiro por seus servidores, independentemente de prova de culpa no cometimento da lesão. Adotou a Constituição a regra do princípio objetivo de responsabilidade sem culpa pela atuação lesiva dos agentes públicos e seus delegados" (AC 01000054165, rel. Juiz Mário Cesar Ribeiro — TRF/1ª Região, DJU de 18-6-1999, p. 298) (AI n. 455.846/RJ).

De precedente do preclaro Desembargador Alcides Aguiar, extraem-se valiosos excertos jurisprudenciais e doutrinários:

"Os hospitais públicos, da União, Estados, Municípios, suas empresas públicas, autarquias e fundações, estão submetidos a um tratamento jurídico diverso, deslocadas de suas relações para o âmbito do direito público, especificamente ao direito administrativo, no capítulo que versa sobre a responsabilidade das pessoas de direito público pelos danos que seus servidores, nessa qualidade, causem a terceiros. Dispõe o art. 37, § 6º, da CR: 'As pessoas de direito público e as pessoas de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável no caso de dolo ou culpa'.

[...]

"Canotilho classifica a responsabilidade por fato da função administrativa em: a) responsabilidade por atos administrativos lícitos, em que há a imposição de um sacrifício inexigível, e b) a responsabilidade por risco, que pode derivar de danos resultantes de trabalhos públicos, de atividades excepcionalmente perigosas, de vacinações obrigatórias, da ação de presos foragidos ou alienados, do funcionamento de máquinas empregadas na atividade administrativa, do risco social, de necessidade administrativa e de calamidades nacionais (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *O problema da responsabilidade do Estado por atos lícitos*. Coimbra: Almedina, p. 231 e ss.)."

E ressalta:

"Não parece razoável impor ao Estado o dever de indenizar dano produzido por serviço público cuja ação, sem nenhuma falha, tenha sido praticada para beneficiar diretamente o usuário. [...]"

"Na hipótese em que há o resultado danoso, apesar dos esforços do serviço público para o tratamento do doente, elimina-se a responsabilidade do Estado sempre que a administração pública demonstrar o procedimento regular dos seus serviços, atribuída a causa do resultado danoso a fato da natureza. Ao tratar da exclusão da responsabilidade do Estado, leciona o Prof. Yussef Cahali, partidário da responsabilidade objetiva do Estado pela teoria do risco: 'A Segunda regra pode ser estabelecida reconhecendo-se a nenhuma responsabilidade ressarcitória se o dano sofrido pelo particular tem a sua causa no fato de força maior, consequência de eventos inevitáveis da natureza: a exclusão de responsabilidade da Administração decorre da não-identificação de nenhum nexo de causalidade entre o evento danoso e a atividade ou omissão do Poder Público' (op. cit., p. 373). Assim, o Estado se exonera do dever de indenizar por danos decorrentes do exercício de sua atividade médico-hospitalar sempre que demonstrar que a causa não foi posta por médico a seu serviço, mas sim decorreu das condições próprias do paciente."

"A jurisprudência se divide quanto à natureza da responsabilidade do Estado por atos danosos praticados nos hospitais públicos, por seus servidores, sejam médicos, enfermeiros ou serviços, mas a maioria pende para a responsabilidade objetiva. Acórdão de 16.8.86,

do antigo TRF está assim ementado: 'Realizada a cirurgia, com técnica adequada, não se atribuindo a negligência, imprudência ou imperícia do cirurgião, o acidente imprevisível de que resulta comprometimento do nervo ciático, com seqüela de redução de movimentos do joelho e paralisção do pé, não há como responsabilizar civilmente, por indenização correspondente, o cirurgião que recomendou o tratamento e o executou. A responsabilidade da entidade empregadora do encarregado do tratamento é, contudo, fundada no art. 107 da Constituição (de 1967), que adota o princípio da responsabilidade objetiva, pelo risco administrativo, em que a indagação de culpa é pertinente apenas para possibilitar regresso ou para elidir o dever de indenizar, quando, no primeiro caso, haja culpa do preposto e, no segundo, a culpa pelo evento seja exclusivamente da vítima' (Ap. Cív. n. 80.336, 1ª T.)".

Por fim, conclui o Ministro:

"A melhor solução está no meio: não se atribui ao Estado a responsabilidade pelo dano sofrido por paciente que recorre aos serviços públicos de saúde, ainda quando provada a regularidade do atendimento dispensado, nem se exige da vítima prova da culpa do serviço; em princípio, o Estado responde pelos danos sofridos em consequência do funcionamento anormal de seus serviços de saúde, exonerando-se dessa responsabilidade mediante a prova da regularidade do atendimento médico-hospitalar prestado, decorrendo o resultado de fato inevitável da natureza.

"O médico servidor público, pelos atos praticados nessa condição, pode determinar a responsabilidade da entidade pública a que está vinculado. Ele responde regressivamente perante o ente público condenado a indenizar o dano, se demonstrada a sua culpa, pois a falta pode ser anônima, atribuível ao serviço, sem possibilidade de individualização do agente. A responsabilidade direta e primária é do Estado; a do médico, como a de todo servidor público, devia ser apenas indireta, recompondo o prejuízo sofrido pelo Estado, desde que provada a sua culpa" (op. cit. p. 45-46).

Bem leciona por sua vez Rui Stoco, in "Responsabilidade Civil e sua Interpretação Judicial", RT, fl. 324 (p. 453):

"Nos casos de responsabilidade objetiva o Estado só se isenta de responsabilidade se não existir o nexo de causalidade entre o seu

agir (comportamento comissivo) e o dano produzido. Isso melhor traduzido quer dizer que só se exime o Estado se não foi o autor da lesão que lhe for imputada, ou se a situação de risco atribuído a ele inexistiu ou foi irrelevante ou sem relevo decisivo para a eclosão do dano." (Ap. Cív. n. 99.0135779-9, da Capital, j. em 31-8-200).

Posto isso, cumpre volver atenção para o laudo pericial.

Da peça sob enfoque, extrai-se preciso histórico:

Informa a autora da supracitada ação, que no dia 22-5-95, encontrando-se na cidade de Itaiópolis, a passeio, sentiu dor difusa no abdome, acompanhada de "ânsias de vômito". Tendo passado a noite sem melhora, notou no dia seguinte que a dor estava pior e não conseguia alimentar-se, sentia-se sem forças e preferia ficar deitada. Assim passou o dia. Teve ainda episódio de diarreia.

Às 21h30min, procurou o Hospital Municipal Santo Antônio. Foi chamado para atendê-la, o médico Dr. Marcelo Osório Cassiano. Foi internada e ficou em observação durante dois dias, recebendo soluções EV. Foi submetida a exame de sangue.

No dia 25-5-1995, recebeu alta hospitalar e foi medicada com Buscopan (antiespasmódico) e dieta, tendo sido informada do diagnóstico de infecção intestinal ou congestão (*sic*).

Como estava hospedada na residência dos pais, lá passou a noite; no entanto, a dor abdominal persistia.

Às 8h30min, do dia 26-5-1995, foi levada para o mesmo Hospital, onde foi atendida pelo Dr. Fábio Ricardo dos Santos, que diagnosticou apendicite aguda, sendo encaminhada para o centro cirúrgico, onde foi operada.

Após a cirurgia, permaneceu com dreno que, segundo relata, dava saída à secreção com mau odor.

Permaneceu no leito sob cuidados e sem melhora, visto que a dor persistia.

Após alguns dias, foi-lhe dado para ingerir "uma solução contendo azul de metileno, para ver se havia perfuração", e constatou-se, no dia seguinte, a presença do corante curativo.

No dia 5-6-1995, foi transferida ao Hospital Evangélico de Curitiba, onde ficou internada até o dia 28-6-95.

Ao receber alta estava com bolsa de colostomia. Na evolução teria ocorrido estenose de traquéia, e necessitou submeter-se a dilatação no dia 27-4-1996, e a uma nova intervenção cirúrgica que se realizou em 6-5-1996. Atualmente submete-se a tratamento fonoaudiológico, por apresentar rouquidão.

Na seqüência, o louvado arrolou os documentos juntados aos autos, ponto de partida do exame pericial:

1. Declaração de fl. 17, onde consta que a Sra. Eliane Becker foi atendida na Fundação Hospitalar Municipal Santo Antônio, em 23-5-95, às 22h30min, ficando em observação.
2. Documento de fl. 252, hemograma, com data de 24-4-95, onde consta que a autora apresentava 10.500 leucócitos sendo 55 bastonetes (leucocitose com desvio à esquerda), e que alguns neutrófilos apresentavam granulações grosseiras.
3. Documento de fl. 253, hemograma, com data de 26-5-95, onde consta que a autora apresentava 5.800 leucócitos sendo 56 bastonetes (desvio à esquerda), e que alguns neutrófilos apresentavam granulações grosseiras.
4. Declaração de fl. 18, onde consta que a Sra. Eliane Becker foi atendida no dia 26-5-95, com quadro de abdome agudo e submetida a laparotomia com diagnóstico de apendicite aguda supurada, apresentando na evolução drenagem de material purulento através de ferida cirúrgica.
5. Boletim de Admissão e Alta da Fundação Hospitalar Municipal Santo Antônio, referente à paciente Eliane Becker, com data de 26 de maio de 1995, onde consta o diagnóstico de “apendicite aguda”.
6. Laudo médico para emissão de AIH, com data de 26-5-95, onde consta que a paciente Eliane Becker “chegou com dor abdominal de grande intensidade com evolução de cinco dias. Abdome em tábua. Diagnóstico inicial de abdome agudo”.
7. Ficha de evolução clínica de fls., 26-5-95 onde consta anotação com data de 27-5 que após 18 horas de cirurgia constatou-se a presença de secreção seropurulenta e dor mais intensa na fossa ilíaca.

8. Ficha clínica de fl. 39, referente ao internamento da requerente no Hospital Evangélico de Curitiba, onde consta “paciente encaminhada em pós-operatório de apendicectomia (11º pós-operatório). Levada à cirurgia, encontraram-se múltiplas coleções líquidas purulentas em cavidade abdominal e pélvica, sendo observadas também em espaço de Morrison e fundo de saco. Procedeu-se à lavagem exaustiva da cavidade abdominal e a paciente encaminhada para UTI em peritoneostomia. Na seqüência, foram feitas lavagens da cavidade abdominal diariamente. Permaneceu 9 dias na UTI sendo transferida para a ala com fechamento de pontos subtotais”.

9. “Relatório Cirúrgico” de fls. 40-41, subscrito pelo Dr. Ronaldo Máfia Cuenca, médico assistente da requerente, onde consta:

“A pedido da parte interessada, venho por meio deste relatório descrever a história pregressa da Sra. Eliane Becker, assim como o procedimento cirúrgico a ser realizado na tentativa de corrigir as seqüelas das cirurgias anteriores. Em junho de 1995, esta paciente foi submetida a apendicectomia na cidade de Itaiópolis-SC, apresentando na evolução quadro de abdome agudo infeccioso. Encaminhada para o Hospital Evangélico de Curitiba, foi submetida a laparotomia exploradora e o achado intra-operatório foi de múltiplos abscessos intra-abdominal, com comprometimento do estado geral e alto risco de vida. Durante o período de internação, vinte e cinco dias no hospital, a paciente necessitou de mais outras quatro cirurgias para a completa resolução do quadro abdominal. Após este período a Srta. Eliane evolui com colostomia que foi realizada na primeira intervenção e hérnia incisional gigante provocada pelas várias re-operações abdominais. Em agosto de 1995 ela foi submetida a decolostomia para restabelecimento do trânsito intestinal com boa evolução no pós-operatório. Atualmente apresenta-se com várias cicatrizes abdominais, em fossa ilíaca direita local da apendicectomia, flanco direito local da colostomia e cicatriz com hérnia incisional mediana gigante que necessita de correção da parte músculo-aponeurótica e provável realização da enxertia de pele”.

10. Laudo médico para mudança de procedimento de fl. 48, onde consta que a requerente apresentava-se, na data de 2-5-96, com estenose traqueal baixa necessitando dilatação traqueal.

11. Estudo tomográfico computadorizado do tórax realizado em 29-4-96, que evidenciou estenose de traquéia (fl. 66).

É salutar, ainda, reproduzir *in litteris* o tópico intitulado “Discussão”, que traz em seu bojo relevantes informações:

1. A inflamação do apêndice vermiforme, denominada apendicite aguda, que acometeu a autora, é certamente, ainda, a mais comum das doenças abdominais agudas de tratamento cirúrgico.

2. O quadro clínico da apendicite aguda costuma ser bastante característico. Tem como sintoma principal a dor, que no início é vaga e difusa, e localiza-se na região epigástrica ou umbilical. Decorre da distensão e hiperatividade do apêndice, transmitida por fibras viscerais aferentes via simpático. Este tipo de dor chamada de dor visceral vai se intensificando paulatinamente, e decorridas algumas horas, localiza-se na fossa ilíaca direita, nas proximidades do denominado ponto de Mc Burney. Surgem concomitantemente náuseas e vômitos. Esta fase, caracterizada por inflamação sem irritação peritoneal, tem duração variável de 8 a 72 horas. Em seguida surge um terceiro tipo de dor quando são comprometidos o peritônio do apêndice (visceral) e o peritônio. A dor, então, é mais intensa, é a dor inicial da peritonite, cuja sede depende da localização anatômica.

3. Neste ponto cabe destacar a variabilidade da localização dolorosa em função da posição anatômica do apêndice. Se este estiver na sua posição habitual, na fossa ilíaca direita, a dor se localizará à altura do ponto Mc Burney. Destaque-se que na evolução se houver rotura do apêndice poderá haver irradiação da dor para região umbilical, hipogástrica e sacra.

4. Algumas vezes, no entanto, o apêndice se situa em posição anômala, qual seja em posição sub-hepática, em razão da falta de descida do ceco, o que ocasiona, não raramente, confusão com o quadro de colecistite aguda (inflamação da vesícula biliar). Já quando o apêndice se situa na posição retrocecal, ou seja, posterior ao ceco, a dor pode ser percebida no dorso, região sacra, ou flanco direito, pelviana ou geniturinária. Na localização pélvica apresenta dor na região inferior do hipogástrio, simulando doença inflamatória pélvica com sinais e sintomas genitorinários sem rigidez da parede abdominal, com massa inflamatória no fundo de saco constatável no exame retal ou vaginal. E finalmente quando localizado na posição retroileal, ocorrem vômitos e diarreias com mínimos sinais abdominais induzindo o médico, não raramente, ao diagnóstico equivocado de gastroenterite aguda.

5. Do acima exposto, pode-se concluir que o diagnóstico da apendicite, que, em geral, não apresenta maiores dificuldades, pode, em alguns casos, apresentar tarefa mais complexa.
6. Com a evolução do quadro a dor aumenta de intensidade e se associa a outros sinais de irritação do peritônio parietal, como a contratura da parede abdominal e, muitas vezes, o chamado “abdome silencioso”. Ocorrem também outros sintomas gastrintestinais – como náuseas, vômitos, anorexia, retenção de fezes ou gases, outras vezes diarreia inicial, que são de menor valor diagnóstico. Posteriormente pode ocorrer distensão abdominal, por íleo adinâmico, também chamado de íleo paralítico.
7. Entre os sintomas gerais registram-se temperatura de 37° a 38° e aceleração do pulso.
8. Na palpação superficial do abdome podem ser observados graus variáveis de hipersensibilidade e resistência muscular. O paciente refere dor à palpação profunda na área de localização do apêndice, e constata-se na evolução contratura muscular, na fossa ilíaca ou no quadrante inferior direito do abdome.
9. Em havendo perfuração do apêndice seguir-se-á a formação de peritonite localizada, e há o bloqueio da infecção, ou peritonite generalizada.
10. É necessário destacar que um bom número de casos de apendicite são atípicos, especialmente entre os muito jovens e os muito velhos, condições em que a demora no diagnóstico agrava a doença. Eis por que se justifica lembrar da apendicite em todo paciente acometido de dor abdominal, e admitir que dor aguda na fossa ilíaca direita é, muitas vezes, indicação para cirurgia de urgência.
11. São úteis os exames laboratoriais tais como o leucograma e exame parcial de urina, e deve-se ressaltar que nunca poderão se sobrepor ao exame clínico. No presente caso, o hemograma da autora indicava sinais de infecção.
12. Uma vez firmado o diagnóstico, o tratamento é cirúrgico, e deve ser instituído o mais precocemente possível. No caso vertente constata-se que ao ser admitida no hospital, em 26-5-95, “já chegou com dor abdominal de grande intensidade com evolução de cinco

dias. Abdome em tábua [...]. Diagnóstico inicial de abdome agudo”. Ou seja, já havia sinais de peritonite generalizada.

Desse cabedal de informações, cumpre dar especial atenção para a descrição dos sintomas iniciais. Todos, sem exceção, foram apresentados pela requerente, a saber: dor intensa, náuseas (item 2), diarreia (item 6) e vômito.

Esse fator é de suma importância, porquanto a demanda deve ser elucidada sob o prisma do erro de diagnóstico. Deveras, muito embora a requerente sustente que durante todo o tempo em que permaneceu sob os cuidados dos requeridos eles atuaram com negligência, imprudência e imperícia, tem-se, como circunstância inarredável, que os alegados danos tiveram origem, em princípio, no fato de não ter sido diagnosticada de pronto a apendicite.

Daí, repita-se, a necessidade de verificar se houve realmente o erro diagnóstico, o que não pode, de modo algum, ser apurado de forma leviana, pois,

em regra, o erro de diagnóstico não enseja a responsabilização do médico pelos eventuais danos causados ao paciente, uma vez que a atividade desempenhada pelo profissional de saúde não se sujeita à infalibilidade, mormente diante da complexidade do enquadramento dos sintomas apresentados à gama de doenças catalogadas (Embargos Infringentes n. 2006.013665-7, rela. Des. Salette Silva Sommariva).

Leciona Hildegard Taggsell Giostri que

agirá o médico com culpa, não por ter errado o seu diagnóstico, mas por ter insistido em manter-se dentro de uma conduta não satisfatória e não adequada, não advindo daí nenhum benefício para o seu paciente e, por conta da qual, não poderá este último apresentar progresso ou melhora em sua patologia (*Erro médico à luz da jurisprudência comentada*. Curitiba: Juruá, 2000. p. 138).

Ou “[...] o erro de diagnóstico é fruto, quase sempre, de uma investigação mal realizada, quase sempre marcada pela insuficiência dos meios utilizados ou pela negligência do investigador” (CARVALHO, José Carlos Maldonado de. *Responsabilidade civil médica*, 3. ed. Rio de Janeiro: Destaque, 2002. p. 350).

Finalmente, “se o erro do diagnóstico, desde que escusável em face do estado atual da ciência médica, não induz à responsabilidade do médico, o engano grosseiro ou manifesto não permite isentá-lo [...]” (STOCO, Rui. *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 293).

No caso dos autos, constata-se que a autora foi diagnosticada como portadora de gastroenterite. No depoimento prestado em Juízo, o Dr. Marcelo Osório Cassiano, responsável, lembre-se, pelo primeiro atendimento a ela prestado, afirmou que a “apendicite em si mesma pode provocar diarreia, mas não um caso comum por isso que o diagnóstico de apendicite ainda é um diagnóstico difícil” (fl. 731). Enfatizou o depoente, ainda, que o abdômen estava flácido e sem sinais de abdômen agudo cirúrgico. Assinalou, também, que “é até possível que o quadro de apendicite já tivesse instalado quando da primeira internação. Pode, no entanto, também ter sido quadro de gastroenterite, quando evoluiu para apendicite por obstrução do apêndice” (fls. 729-731).

Tais justificativas, contudo, não são convincentes.

A uma, porque, repita-se, os sintomas eram indicativos de apendicite: náuseas, dor intensa, vômito e diarreia. No que tange a essa última, cuja presença, segundo o profissional, teria “dificultado” o pronto diagnóstico, o louvado sinaliza que não se cuida de um sintoma inusitado. Ao contrário, pode ser apresentado já na primeira fase da doença (item 2, fl. 537). A contratatura muscular, de sua vez, evolui com o agravamento do quadro (item 8, fl. 539), o que implica dizer que nem sempre a sua ausência é indicativo da não-ocorrência da moléstia.

Atente-se para a resposta ao quesito 4, formulado pelos réus:

4) É uma situação comum apendicite aguda apresentar-se juntamente com aumento de evacuações? Não, o mais comum é haver certo grau de obstinação, mas pode haver diarreia em determinados casos. Tal situação dificultaria o diagnóstico referente à apendicite? Não, o diagnóstico depende de um conjunto de sinais e sintomas (fl. 540).

Convém reproduzir, outrossim, os quesitos 13, 6, 7, e 8, obedecida a ordem com a qual foram apresentados e respectivamente respondidos:

13. Todas as infecções intra-abdominais necessitam de cirurgia? Não. No caso concreto a infecção intestinal (diagnóstico de confusão) necessita tratamento cirúrgico? A expressão “infecção intestinal” é genérica. Se o quesito faz referência às gastroenterites ou gastroenterocolites agudas, o tratamento é clínico. No presente caso, no entanto, depreende-se da análise retrospectiva, que a paciente na verdade apresentava apendicite aguda, cujo tratamento é cirúrgico (fl. 542).

6. As medidas adotadas pelos profissionais que atenderam a autora das 21h do dia 23 às 12h do dia 25-5-1995 foram satisfatórias para a elucidação do diagnóstico do quadro clínico inicial da autora, permitindo que lhe fosse dada alta hospitalar com segurança? Não (fl. 544).

7. As medidas adotadas para fins de diagnóstico, durante o período de internação para observação médica foram suficientemente elucidatórias do quadro clínico inicial apresentado pela autora? Não (fl. 544).

8. Se os médicos eventualmente estivessem com dúvida sobre o diagnóstico certo do quadro clínico inicial da autora entre 21h de 23-5-95 e 12h de 25-5-95, pode ser considerado o procedimento prudente dar alta hospitalar à paciente na vigência do quadro clínico inicial persistente e considerando a leucocitose constatada no dia seguinte à internação? A concessão de alta hospitalar não se confunde com alta médica, significa apenas que o paciente não necessita de cuidados hospitalares e depende unicamente do seu estado geral, podendo este ser tratado ambulatorialmente. No presente caso, a análise retrospectiva permite concluir que estando a paciente com

apendicite aguda, em evolução, o ideal seria que tivesse sido mantida em observação, ou melhor, submetida a tratamento cirúrgico precoce. No entanto, conforme ressaltado na parte referente à discussão deste laudo, o diagnóstico de apendicite aguda pode representar, em alguns casos, alguma dificuldade, em face da sua variabilidade anatômica e características próprias de cada paciente, que alteram ou mascaram a apresentação clínica (fl. 545).

A dificuldade no diagnóstico foi objeto de tópicos específicos, aqui já retratados. A bem da verdade, o réu vale-se desse argumento ao buscar isentar-se de sua responsabilidade. Todavia, salvo melhor engano, não há elementos probatórios suficientes que conduzam a tal ilação. É certo que a postulante apresentava sintomas típicos de infecção intestinal, mas, também, de apendicite. Consoante o exame físico, doutra parte, há cicatriz oblíqua na fossa ilíaca direita com 3,5cm de extensão, o que indica que essa era a localização do apêndice, posição habitual conforme item 3 de fl. 538, o que poderia ser constatado mediante palpação profunda na área de localização (item 8, fl. 538). Há, ainda, que enfatizar: “eis porque se justifica lembrar de apendicite em todo paciente acometido de dor abdominal, e, admitir que dor aguda na fossa ilíaca direita é, muitas vezes, indicação para cirurgia de urgência” (item 10, fl. 539).

Não há cogitar, pois, de posição anômala, o que tornaria o diagnóstico tarefa mais tormentosa.

De todo o exposto, verifica-se que o quadro apresentado pela autora no momento em que deu entrada no nosocômio, se não possibilitava, exigia uma investigação mais aprofundada, máxime diante do resultado do exame de sangue, que já acusava a presença da infecção. Fortes eram os indicativos de que não se cuidava de apenas uma gastroenterite. Todos os sintomas de que se queixava eram também característicos de apendicite, até mesmo a diarreia, como exaustivamente exposto.

Dito de outra forma, o sintoma apresentado não apontava exclusivamente para o diagnóstico apurado de infecção intestinal, mas, também, para um quadro de apendicite.

De peça encontrada no *site* www.jusnavegandi.com.br (parecer em indenização por erro médico) extrai-se valioso estudo sobre o tema, lastreado em literatura médica, em que está o Manual de Clínica Médica de R. M. Macklis. Ali anota-se que, de fato, em certos casos, há uma dificuldade muito grande em diferenciar a apendicite da gastroenterite, o que requer maiores cuidados do profissional da medicina ao se deparar com dores abdominais. Daí o registro de que,

no caso de dúvida – caso específico dos autos –, deve o médico optar pela imediata intervenção cirúrgica, fazendo a *apendicectomia*, posto que o retardo poderá trazer complicações letais. [...] Essa extração prematura não trará nenhum prejuízo para o paciente, já que a medicina ainda não descobriu utilidade alguma para essa saliência. *O que não pode ocorrer é retardar uma operação de apendicite, colocando o enfermo em situação de alto risco de vida* (sem grifo no original).

À luz dessas considerações, afigura-se inadmissível concluir pela ocorrência de erro escusável. Tem-se, a toda prova, erro grosseiro. Os sintomas eram absolutamente claros, de sorte que a cautela recomendava a apendicectomia.

No entanto, o equívoco no diagnóstico, por si só, não autoriza a procedência do pleito. Mesmo porque, conquanto a responsabilidade da Fundação seja objetiva, é ônus do lesado a demonstração do nexo de causalidade entre o fato administrativo e o dano.

Aqui, é de mister remeter-se novamente ao laudo, mais especificamente ao item 8 do tópico “Documentos”:

8. Ficha clínica de fl. 39, referente ao internamento da requerente no Hospital Evangélico de Curitiba, onde consta “paciente encaminhada em pós-operatório de apendicectomia (11º pós-operatório). Levada a cirurgia, encontraram-se múltiplas coleções líquidas puru-

lentas em cavidade abdominal e pélvica, sendo observadas também em espaço de Morrison e fundo de saco. Procedeu-se à lavagem exaustiva da cavidade abdominal e a paciente encaminhada para UTI em peritoneostomia. Na seqüência, foram feitas lavagens da cavidade abdominal diariamente. Permaneceu 9 dias na UTI sendo transferida para a ala com fechamento de pontos subtotais.

Ressai da peça técnica, ainda, que a paciente, ao entrar no Hospital em 26 de maio, já apresentava sinais de peritonite generalizada (fl. 539). Os múltiplos abscessos encontrados na cavidade abdominal, após a realização da cirurgia, *ex vi* da resposta ao quesito 14 (fl. 542), não caracterizam uma situação freqüente, “se o diagnóstico da apendicite aguda é precoce e o tratamento cirúrgico for instituído prontamente com a técnica adequada”.

Destaque-se que, ainda segundo o perito, a formação dos abscessos não caracteriza erro médico, mas, sim, complicação cirúrgica.

Não obstante, da última assertiva transcrita retira-se a forte probabilidade de que os abscessos não seteriam formado se prontamente extirpado o apêndice.

Em consulta à *internet*, no afã de conseguir mais subsídios para a elucidação da controvérsia, obteve-se a informação de que

Os abscessos localizados na parte média do abdômen podem ser decorrentes de uma ruptura de apêndice, de uma perfuração do intestino grosso, de uma doença intestinal inflamatória ou de uma diverticulose. Normalmente, o abdômen é doloroso na área do abscesso (www.msd-brazil.com).

Do Manual Merck (www.manualmerck.net), extrai-se que

Uma análise ao sangue mostra um aumento moderado na contagem de glóbulos brancos, em resposta à infecção. Normalmente, nas fases iniciais da apendicite aguda, os testes [como a radiologia, a ecografia e a tomografia axial computadorizada (TAC)] não são úteis. O diagnóstico baseia-se nos dados do exame físico. Para evitar a perfuração do apêndice, a formação de abscessos ou a inflamação do revestimento da cavidade abdominal (peritonite), o médico faz

uma intervenção cirúrgica de urgência. Em quase 15% das intervenções feitas com o diagnóstico de apendicite, tratava-se afinal dum apêndice normal. No entanto, se a cirurgia for protelada até se ter a certeza da causa da dor, a consequência pode ser mortal: um apêndice infectado pode perfurar-se em menos de 24 horas após o início dos sintomas. Inclusivamente, mesmo que o apêndice não seja a causa do processo, normalmente o cirurgião extrai-o. Depois, examina o abdômen e tenta determinar a verdadeira causa da dor. Com uma intervenção cirúrgica precoce, as possibilidades de morrer são muito reduzidas. O paciente pode normalmente abandonar o hospital ao fim de 2 ou 3 dias e a convalescença costuma ser rápida e completa.

No já citado parecer, consigna-se que

diz a literatura médica que um quadro de apendicite quando agravado causará a perfuração do apêndice, fazendo com que as fezes do paciente sejam depositadas na cavidade abdominal, o que poderá ocasionar a peritonite *e/ou abscesso perpendicular* (MACKLIS, R. M.; MENDESCHN, M. E.; MUDEE JR., G. H. *Manual de clínica médica*. Tradução de Maria de Fátima Azevedo e Jacob Israel Lemos. Ed. Medsi, 1985. p. 214).

Logo, tem-se que as mazelas que se seguiram, em que sobressai a imperatividade da realização de cirurgias para garantir a sobrevivência da apelante, devem-se certamente à não-realização da cirurgia no momento oportuno.

Enfim, o erro grosseiro do diagnóstico evitou que a enferma fosse submetida a tratamento adequado imediato e a levou até mesmo a risco de vida, além de ocasionar-lhe sofrimento físico e moral injustificáveis e, frise-se, evidentes.

Nesse contexto, caracterizada está a responsabilidade subjetiva do requerido Marcelo Osório Cassiano, porquanto, consoante acentuado no laudo, as medidas que tomou, diante do quadro apresentado, não foram suficientemente elucidatórias, tampouco a alta era indicada. É forçoso reconhecer que se houve com negligência e imprudência.

É construção jurisprudencial:

Nas obrigações de meio, que se contrapõe às obrigações de resultado, segundo Demogue, obriga-se tão-somente a diligenciar honestamente a realização de um fim, com os meios que dispõe, a exemplo do que se dá com o exercício profissional da medicina, quando a responsabilidade do médico fica condicionada à demonstração de sua culpa, quer por negligência, imprudência ou imperícia (Revista Forense, v. 303, p. 179).

Irany Novah Moraes ensina que o

erro médico é caracterizado, pela Justiça, pela presença de dano ao doente, com nexos comprovados de causa e efeito, e de procedimento em que tenha havido uma ou mais três falhas por parte do médico: imperícia, imprudência e negligência (*Erro médico e a justiça*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 426).

Provavelmente, não passou despercebida a menção apenas ao réu Marcelo. É que, no que concerne a Fábio Ricardo dos Santos, espousa-se a firme convicção de que ele não praticou conduta lesiva. Nesse ponto, está-se inteiramente a acordo com o Dr. Pedro Decomain, digno Promotor de Justiça:

não há na petição inicial afirmativa de que tenha havido erro na realização do ato cirúrgico. O que se sustenta essencialmente na exordial é erro no atinente à demora no diagnóstico de que a requerente efetivamente estaria acometida de apendicite. Diante desse contexto, não há como pretender responsabilidade de Fábio, na medida em que apenas realizou a cirurgia, quando se afirma que o erro teria ocorrido antes, representado pela demora no diagnóstico correto do mal que acometia a requerente, e não no próprio ato cirúrgico.

Assim, tem-se por presente a responsabilidade subjetiva do acionado Marcelo Osório, bem como a responsabilidade objetiva da Fundação. A lesada demonstrou a contento a ocorrência do fato administrativo (diagnóstico errôneo), do dano (infecção) e do nexo causal (infecção resultante do equivocado diagnóstico realizado pelo médico). Já o Hospital,

inversamente, não se eximiu a contento do *onus probandi* que sobre si recaía: desconstituir a contento as alegações da autora nos pontos acima enfocados.

Em caso similar, assim decidiu o egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO. MORTE DE PACIENTE EM DECORRÊNCIA DE LEPTOSPIROSE. ERRO DE DIAGNÓSTICO. DANO MORAL E MATERIAL EVIDENCIADOS.

Configurada a responsabilidade do Estado por falha de seus agentes em diagnosticar corretamente a doença que acometia o paciente, causando seu óbito. A responsabilidade civil da administração pública é objetiva, ou seja, é atribuída ao Estado quando houver causa e efeito entre a atividade do agente e o dano. Evidente, no caso concreto, o nexo de causalidade entre o erro dos médicos em diagnosticar equivocadamente a doença, a ausência de tratamento adequado e a morte do paciente, surgindo, dessa forma, o dever de indenizar por parte do réu (Ap. Cív. n. 70008695694, rela. Des. Marta Borges Ortiz).

Estabelecida a obrigação de indenizar, urge verificar em que consistem os pedidos da requerente.

Há pleito, como não poderia deixar de ser, de indenização de 3.000 salários mínimos pelos danos morais e lucros cessantes, e pelos danos emergentes no importe de 5 (cinco) salários mínimos até que ela completasse 65 (sessenta e cinco) anos; e de ressarcimento das cirurgias plásticas e demais tratamentos de saúde, inclusive fonoaudióloga, tudo para efeito de restabelecer a aparência e a saúde.

No que tange ao primeiro, não há dúvida da sua configuração.

Os percalços sofridos pela postulante extrapolaram em muito os limites de um mero aborrecimento. Viu-se sob risco de vida, sujeita a

procedimentos cirúrgicos para o seu completo restabelecimento e, não bastasse, carrega até hoje, a par das seqüelas estéticas, outra de ordem física, consistente em disfunção do aparelho vocal, com rouquidão (fl. 548).

As fotografias colacionadas à petição inicial dão conta da gritante deformidade no seu abdômen, conseqüência direta das diversas cirurgias a que teve de ser submetida. O exame físico acusa, por sua vez, a existência de nada mais, nada menos, do que cinco cicatrizes na região, a par de várias outras, dispostas transversalmente ao lado da cicatriz longitudinal mediana, esbranquiçadas e regulares. Foram caracterizadas como dano estético pelo *expert* e devem, por conseguinte, ser sopesadas na fixação da indenização, espécie que é do gênero moral.

Isso porque manifesto que o aspecto deformativo da aparência física, desde que significativo, dá azo a perturbação interior, com alteração de ânimo e até mesmo comportamento. Ou, como assinala precedente do STJ,

é o estético causando o moral, ou o moral pelo estético, firmando uma só corrente de causa e efeito. São partes íntima e indissolúvelmente ligadas, de um mesmo fenômeno psicológico. Um não funciona sem o outro, dada a dependência muito estreita que guardam entre si. Ambos têm causa próxima comum, o dano físico; e, como fonte remota, o acidente. Com essa confusão, a condenação num e noutro, como pretendida pelos embargantes, seria um *bis in idem*, o que não encontra amparo no direito (REsp. n. 57.824-8/MG, rel. Min. Costa Leite).

Vale, ainda, transcrever excerto do REsp. n. 56.101/RJ, relator o preclaro Ministro Fontes Alencar, no que interessa:

[...] não cabe que haja outra condenação a título de dano moral.

É que o dano estético é uma espécie do gênero dano moral.

Com efeito, o fato de a autora sentir-se constrangida pelas cicatrizes cirúrgicas que ostenta no tornozelo esquerdo, que afeta a beleza de sua perna, resulta em dano moral, decorrente do aspecto estético.

Nesse sentido a doutrina.

Veja-se o escólio de WILSON MELO DA SILVA em sua conhecida monografia sobre o dano moral:

“Abordaremos, agora, a questão dos chamados danos estéticos ou *ob deformatitatem*.

“Constituiriam eles, tais danos, fontes de puros danos morais ressarcíveis?

“Entendemos que sim. E isto não apenas sob o ponto de vista doutrinário, como, ainda, de nossa própria lei escrita, já que o nosso Código Civil, embora de maneira bastante criticável, tenha erigido o dano estético em motivo de amplas reparações, sejam de natureza econômica, sejam de natureza extrapatrimonial” (*O dano moral e sua reparação*. 2. ed. p. 383).

No mesmo sentido, CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA:

“DANO ESTÉTICO. Dentro da categoria do dano moral inscreve-se a reparação do dano estético previsto no art. 1.538, § 2º, ao dizer que se o ofendido, aleijado ou deformado for mulher solteira ou viúva, ainda capaz de casar, a indenização consistirá em dotá-la, segundo as posses do ofensor, as circunstâncias do ofendido e a gravidade do defeito” (*Responsabilidade civil*. 2. ed. Forense, p. 342).

[...]

Passaram-se mais de quatro décadas desde que Roberto H. Brebbia publicou *El daño moral*. Nela memorava ele a separação dos danos em duas grandes categorias: danos patrimoniais e danos morais, e acrescentava:

“*La violacion de algunos de los derechos pertenecientes al primer grupo engendra un daño patrimonial, mientras que la conculcación de algunos de los derechos integrantes de la segunda categoría, o sea, de los derechos inherentes a la personalidad, origina un daño extrapatrimonial o moral*” (p. 67-68, Buenos Aires, 1950).

Noutro passo, aclarava o mesmo autor:

“*El daño moral, en caso de lesiones deformantes o mutilantes, se halla caracterizado por el menoscabo espiritual que ocasiona a la víctima, la alteración de su estética personal; detrimento o menoscabo éste que no es*

más que un caso especial y acentuado de la natural sensación biopsíquica desagradable que produce generalmente toda lesión en quien la sufre” (ibidem, p. 256-257).

Sem sombra de dúvida, o dano estético subsume-se no dano moral.

Não há, portanto, falar em ofensa ao art. 1.538 do Código Civil.

A título de reforço, cito:

Constituindo-se o dano estético em espécie do gênero dano moral, é inadmissível a cumulação das indenizações correspondentes a um e a outro (TJRJ, ACV n. 13.480/98, rel. Des. Carlos Ferreira).

O dano estético normalmente não se acumula com o dano moral, fazendo sim dele parte (TACRJ, ACV n. 10.144, rel. Juiz Walter Felipe D’Agostino).

Sendo o dano estético modalidade do dano moral, haver (*sic*) de ser levado em conta no seu arbitramento, mas não é algo distinto dele, daí que são absolutamente inacumuláveis (TACRJ, ACV n. 6.742, rel. Juiz José Rondeau).

Mencione-se, também, a resposta ao quesito 39, de fl. 551, na qual consta que há possibilidade de alterações familiares, distúrbios de hábitos e conduta, comprometimento do rendimento de trabalho, da memória, da concentração e outras seqüelas emocionais, conseqüência direta dos inúmeros tratamentos.

É nítido que toda a situação vivenciada pela suplicante redundou não só em reflexos de ordem física, como também de ordem psíquica, especialmente pela deformação em seu abdômen e pela alteração de sua voz. Passou, em virtude das conseqüências do evento, a ostentar uma nova condição pessoal, que, nitidamente, limitou suas potencialidades, causando-lhe angústia, sofrimento, transtornos, abalo e desequilíbrio emocional.

O sofrimento psíquico e a modificação do comportamento da vítima foram evocados também na prova oral.

Rosa Luiz Souto, colega da autora, depôs que “o estado psicológico da autora era horrível, ‘só chorava, andava arcada’” (fl. 736).

Nada é mais contundente do que o próprio depoimento da vítima: “demorei muito para me recuperar, tinha vergonha de tudo”. Ainda da transcrição consta: “atualmente tem namorado mas ficou muitos anos sem nenhum relacionamento amoroso porque não tinha coragem de se expor e porque sentia dores a qualquer toque no abdômen” (fl. 728).

Não é um exagero dizer que ela passou por um verdadeiro calvário. Não bastassem as seqüelas estéticas e emocionais, gize-se, teve a voz modificada em decorrência do tratamento, como avulta do laudo e da prova oral. Há quem diga, até mesmo, que a sua voz passou a ser desagradável.

O *quantum* indenizatório, então, deve ser arbitrado de modo que represente para a apelante uma satisfação capaz, na medida do possível, de amenizar de alguma forma o sofrimento impingido. Há, ainda, que ser de tal monta que produza impacto bastante no causador do mal a fim de dissuadi-lo de novo atentado. Mas essa “satisfação” deve ser sabidamente justa, de modo que não se traduza em enriquecimento sem causa para a vítima.

Posto isso, fixa-se a indenização por danos morais em R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais).

Num segundo momento, a irresignada formulou pedido de condenação dos réus ao pagamento de lucros cessantes e danos emergentes (item III do requerimento final da exordial), previstos no artigo 1.538 do Código Civil de 1916, em vigência à época do lamentável episódio. Parece, contudo, ter confundido os institutos com a pensão estabelecida no artigo 1.539, uma vez que requereu a fixação em 5 (cinco) salários mínimos mensais até que completasse 65 (sessenta e cinco) anos.

Trata-se, contudo, de institutos bem distintos.

A pensão corresponde à importância do trabalho para o qual o ofendido inabilitou-se ou da depreciação sofrida, em virtude do defeito resultante da ofensa. Os danos emergentes consistem em um prejuízo real sofrido pela vítima, enquanto que os lucros cessantes têm relação com um ganho que o credor deixou de auferir.

Quanto a esses dois últimos, trazem-se a lume as lições de Maria Helena Diniz (*Curso de direito civil brasileiro: teoria geral das obrigações*. 2000. v. 2, p. 378):

O dano vem a ser a efetiva diminuição do patrimônio do credor ao tempo em que ocorreu o inadimplemento da obrigação, consistindo na diferença entre o valor atual desse patrimônio e aquele que teria se a relação obrigacional fosse exatamente cumprida. É, portanto, a diferença entre a situação patrimonial atual, provocada pelo descumprimento da obrigação, e a situação em que o credor se encontraria, se não tivesse havido esse fato lesivo. O dano corresponderia à perda de um valor patrimonial, pecuniariamente determinado. Seriam as *perdas e danos* o equivalente do prejuízo ou do dano suportado pelo credor, em virtude do devedor não ter cumprido, total ou parcialmente, absoluta ou relativamente, a obrigação, expressando-se numa soma de dinheiro correspondente ao desequilíbrio sofrido pelo lesado. As perdas e danos são uma consequência do inadimplemento do devedor.

Havendo inexecução da obrigação, o prejudicado terá direito a uma reparação que possibilite reequilibrar a sua posição jurídica, ressarcindo-lhe todos os prejuízos, mediante a estimação das perdas e danos, realizando-se, então, a composição por meio de certa quantia em dinheiro, correspondente ao valor da prestação descumprida e aos danos sofridos por esse inadimplemento.

[...]

As perdas e danos devidos ao credor abrangerão, segundo o Código Civil, art. 1.059, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar. Estabelece, ainda, esse diploma legal, no art. 1.060, que "ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes

por efeito dela direto e imediato". Para conceder indenização de perdas e danos, o magistrado deverá considerar se houve:

1º) *Dano positivo ou emergente*, que consiste num *deficit* real e efetivo no patrimônio do credor, isto é, uma concreta diminuição em sua fortuna, seja porque se depreciou o ativo, seja porque aumentou o passivo, sendo, pois, imprescindível que o credor tenha, efetivamente, experimentado um real prejuízo, visto que não são passíveis de indenização danos eventuais ou potenciais. Na condenação relativa a dano emergente, a indenização poderá processar-se de duas formas: o autor do dano será condenado a proceder à restauração do bem danificado ou a pagar o valor das obras necessárias a essa reparação. A indenização relativa ao dano emergente pretende restaurar o patrimônio do lesado no estado em que anteriormente se encontrava. Se a obrigação não cumprida consistir em pagamento em dinheiro, a estimativa do dano emergente já estará previamente estabelecida pelos juros de mora e custas processuais, sem prejuízo da pena convencional (CC, art. 1.061). Os juros moratórios funcionam como uma espécie de prefixação das perdas e danos; o mesmo se diz das custas processuais e honorários advocatícios (CPC, art. 20).

2º) *Dano negativo ou lucro cessante ou frustrado*, alusivo à privação de um ganho pelo credor, ou seja, ao lucro que ele deixou de auferir, em razão do descumprimento da obrigação pelo devedor. Para se computar o lucro cessante, a mera possibilidade é insuficiente, embora não se exija uma certeza absoluta, de forma que o critério mais acertado estaria em condicioná-lo a uma probabilidade objetiva, resultante do desenvolvimento normal dos acontecimentos conjugado às circunstâncias peculiares ao caso concreto (RT, 434:163, 494:133). Com o intuito de evitar o pedido de somas vultosas como lucro cessante, o Código Civil limitou seu alcance no parágrafo único do art. 1.059: "O devedor, porém, que não pagou no tempo e forma devidos, só responde pelos lucros, que foram ou podiam ser previstos na data da obrigação".

De todo modo, requereu, também, a indenização pelas despesas havidas, de sorte que o equívoco não tem nenhum efeito prático.

Pois bem, especificamente com relação ao decréscimo patrimonial resultante das despesas médicas, aí incluídas aquelas referentes ao trata-

mento de fonoaudiologia e cirurgias, constata-se uma absoluta escassez de provas. A autora não trouxe aos autos, como lhe cumpria, os necessários recibos ou outros documentos hábeis à comprovação do dispêndio.

Muito menos, note-se bem, anexou ao processo elementos probatórios atinentes à remuneração que recebia antes do lamentável episódio.

Nesse toar, é inviável o deferimento.

Com relação à pensão, é certo que, em decorrência da debilidade do aparelho vocal, seqüela dos tratamentos, “há dificuldade para o exercício de atividades que requeiram uso da voz como instrumento de trabalho” (quesito 35, fl. 551).

Não obstante, ao que se verifica, a autora encontra-se empregada, e trabalha normalmente.

Por fim, relativamente às despesas futuras com eventuais cirurgias necessárias em virtude das seqüelas, e tratamento com fonoaudiólogo, este expressamente indicado pelo louvado oficial, é de rigor a condenação dos requeridos a custeá-las, observada, quanto ao custeio das primeiras, a necessidade de ficar devidamente comprovado que o procedimento médico e/ou medicamento guarde relação com os danos resultantes do infeliz episódio.

Nesse sentido:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. REEMBOLSO DAS DESPESAS MÉDICO-HOSPITALARES FUTURAS. PAGAMENTO DEVIDO.

Desde que se destinarem ao tratamento das lesões decorrentes do acidente, tem a ré a obrigação de custear integralmente todo o tratamento (remédio/consultas) da vítima até a recuperação. Os gastos futuros deverão ser comprovados por intermédio de notas fiscais e os medicamentos que não forem de uso repetido ou constante deverão ter a compra motivada em receituário médico (nexo

causal) (Ap. Cív. n. 2004.014238-2, de Lages, relator Des. Carlos Prudêncio, j. 30-5-2006).

Diante de todo o exposto, o voto é pela procedência parcial do pedido inaugural com relação aos réus Fundação Hospitalar Municipal Santo Antônio e Marcelo Osório Cassiano, mantida a sentença quanto a Fábio Ricardo dos Santos. Condenam-se os vencidos a pagar à apelante uma indenização a título de danos morais no montante de R\$ 60.000,00, aí compreendidos os danos estéticos, corrigidos a contar do seu arbitramento (REsp. n. 728.314/DF, rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, DJU 6-6-06; REsp. n. 826.491/CE, rel. Min. Jorge Scartezzini, DJU 16-5-06; REsp. n. 773.075/RJ, rel. Min. Fernando Gonçalves, DJU 17-10-2005, dentre tantos outros), juros a partir do trânsito em julgado (“A obrigação consubstanciada por indenização de dano moral só se constitui e se torna líquida, assim como exigível, com a decisão judicial transitada em julgado que, reconhecendo o direito dos ofendidos e estabelecendo a quantia a ser efetivamente paga pelo ofensor, deve servir como marco inicial dos juros de mora” — Ap. Cív. n. 2002.028012-2, de Criciúma, rel. Des. Subst. Newton Janke, j. 28-7-2005) e ressarcimento das despesas com profissional da área de fonoaudiologia e eventuais tratamentos futuros, desde que vinculados ao fato danoso.

Responde Marcelo Osório Cassiano por 50% das custas, isento o Município de sua parte. Ambos, de outro vértice, arcam com os honorários advocatícios de 10% do montante da condenação.

A autora, de sua vez, porque sucumbente com relação ao requerido Fábio, responde pela verba advocatícia, fixada em R\$ 2.000,00, mais custas, tudo suspenso nos termos do artigo 12 da Lei n. 1.060/50.

O voto, então, é pelo provimento parcial do recurso.

DECISÃO

Nos termos do voto do Relator, a Câmara decidiu, por votação unânime, prover parcialmente o recurso com relação à Fundação Hospitalar Municipal Santo Antônio e Marcelo Osório Cassiano, mantida a sentença quanto a Fábio Ricardo dos Santos.

Participou do julgamento o Exmo. Sr. Des. Sérgio Baasch Luz. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. André Carvalho.

Florianópolis, 17 de maio de 2007.

Volnei Carlin
PRESIDENTE, COM VOTO

Vanderlei Romer
RELATOR

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

AGRAVO DE INSTRUMENTO

Agravo de Instrumento n. 2006.044976-7, da Capital

Relator: Des. Cid Goulart

AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – DECISÃO LIMINAR QUE DETERMINA AO PODER PÚBLICO A DESIGNAÇÃO DE ASSISTENTE SOCIAL E PSICÓLOGO PARA O ATENDIMENTO DOS ADOLESCENTES INTERNADOS EM ESTABELECIMENTO DE SEMILIBERDADE – PRESENÇA DOS REQUISITOS DO *FUMUS BONI JURIS* E DO *PERICULUM IN MORA* – RECURSO DESPROVIDO.

À luz do princípio da dignidade da pessoa humana e dos demais preceitos contidos na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente, tem-se como prudente a medida liminar que determina ao Estado de Santa Catarina a designação de psicólogo e assistente social para atender adolescentes que cumprem a medida socioeducativa de semiliberdade, sobretudo por estimular a reintegração do menor no convívio social.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2006.044976-7, da comarca da Capital, em que é agravante o Estado de Santa Catarina, e agravado o Ministério Público do Estado de Santa Catarina:

ACORDAM, em Segunda Câmara de Direito Público, por votação unânime, negar provimento ao recurso. Custas na forma da lei.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo Estado de Santa Catarina, inconformado com a decisão interlocutória prolatada em ação civil pública movida pelo Ministério Público, em que o Meritíssimo Juiz *a quo* concedeu a medida liminar postulada e, por conseguinte, determinou-lhe que providenciasse a designação de profissionais de serviço social e psicologia para o atendimento de adolescentes internados na Casa de Semiliberdade de Florianópolis, no prazo de 15 dias (fls. 58-59).

O agravante, em suas razões recursais, asseverou, inicialmente, que o processo deveria ser extinto sem resolução do mérito, invocando, para tanto, a impossibilidade jurídica do pedido, já que não caberia ao Poder Judiciário intervir na esfera de atuação do Poder Legislativo “na tarefa concernente à discussão e aprovação da proposta de Lei Orçamentária, como também o Poder Executivo o exercício de seu poder discricionário, de julgar a conveniência e a oportunidade de emitir específico ato administrativo” (fl. 7). Acrescentou a existência de óbices na Lei de Responsabilidade Fiscal e na Lei Eleitoral, uma vez que “para cumprir a liminar objurgada é necessário contratar, pelo menos, mais 2 (dois) servidores e neste período é proibido” (fl. 9).

Sustentou ainda que as normas constitucionais atinentes à criança e ao adolescente são de ordem programática, acrescentando, outrossim, inexistir orçamento para custear tal medida. Por tal razão, postulou a extinção do processo sem resolução do mérito ou, subsidiariamente, a reforma da decisão, no sentido de negar-se a liminar almejada pelo *Parquet* (fls. 2-19).

Regularmente intimado, o representante do Ministério Público ofertou suas contra-razões, em que pugna pela manutenção da decisão hostilizada, concluindo que “faz-se imprescindível interpretar a lei de forma mais humana, teleológica” (fls. 72-78).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Excelentíssimo Senhor Doutor Raulino Jacó Brüning, manifestou-se pelo desprovimento do recurso (fls. 82-84).

É a síntese do essencial.

VOTO

O agravante, em seu recurso, pretende reformar a decisão liminar que o compeliu a designar profissional de serviço social e psicologia para atender aos adolescentes que cumprem medida socioeducativa de semiliberdade em Florianópolis-SC, invocando, para tanto, a impossibilidade jurídica do pedido, ausência de orçamento e o caráter programático das normas constitucionais.

Data venia, razão não lhe assiste.

Inicialmente, cumpre-me rejeitar a preliminar de impossibilidade jurídica do pedido, pois, quando a Administração Pública descumpre uma obrigação constitucional, é possível a excepcional intervenção do Poder Judiciário, para dar cumprimento ao preceito alvitado pelo constituinte.

A propósito, conforme já se pronunciou esta egrégia Câmara de Direito Público, em acórdão da minha lavra:

Não obstante o princípio da separação dos poderes, consagrado expressamente no texto constitucional brasileiro, é de ser ressaltado que o Poder Judiciário, quando se deparar com lesão ou ameaça a direito, está autorizado a intervir nos demais Poderes para suprir a ilegalidade, na forma do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988, notadamente quando se tratar de violação a direito fun-

damental (Apelação Cível n. 2005.039600-9, da Capital, j. em 12-9-2006).

E do corpo do citado precedente, extrai-se que:

De fato, conquanto o princípio da separação dos poderes, desenvolvido pelo iluminista francês Montesquieu no século XVIII (embora já fosse tratado de forma menos precisa por Aristóteles na Grécia antiga), apregoe que cada Poder (Judiciário, Legislativo e Executivo) deva exercer suas funções primordiais sem intervir na esfera do outro, é de ser ressaltado que tal regra vem sofrendo algumas mitigações, inclusive no Brasil, que através seu texto constitucional, permite que os Poderes exerçam, excepcionalmente, funções atípicas.

Sem embargo, é de ser ressaltado que o Poder Judiciário, nos últimos tempos, vem assumindo papel de extrema relevância na sociedade, inclusive no âmbito dos Poderes Executivo e Legislativo, já que a doutrina moderna vem sustentado que o Magistrado não deve atuar apenas passivamente, como apregoava a doutrina antiga, para quem o Julgador seria um mero aplicador da Lei, mas sim de forma ativa, com a finalidade de buscar a interpretação mais coerente com a Constituição Federal e com o ordenamento jurídico.

Vale dizer, não prevalece mais o pensamento exposto por Montesquieu, em seu clássico livro *Espírito das Leis*, para quem os Juízes de uma nação não seriam mais do que a boca que pronuncia as palavras da lei (em que pese a enorme contribuição desse ilustre iluminista para a democracia ocidental) (Nesse sentido ver MONTESQUIEU. Do espírito das Leis. Traduzido por: Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. São Paulo: Difusão Européia do livro, 1962, v. 1, p. 187).

Por outro lado, devo deixar registrado que a Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, XXXV, estabelece que *“nenhuma lesão ou ameaça a direito poderá deixar de ser apreciada pelo poder judiciário”*, isto é, sempre que o cidadão tiver seu direito tolhido pelo Poder Público, ser-lhe-á permitido socorrer-se do Poder Judiciário, a quem compete dar a última palavra.

Desta forma, o argumento tecido pelo Município de Florianópolis, para o qual seria inviável a intervenção do Judiciário em suas decisões políticas, não merece prosperar, pois é lícito ao Poder Judiciário, quando se deparar com qualquer lesão a direito, notadamente

quando se tratar de violação a direito fundamental, apreciar e intervir na questão.

E tendo em vista que o assunto tratado nos autos diz respeito a um direito fundamental (direito à educação), convém lembrar do magistério de Paulo Bonavides, o qual assevera que *“Na equação dos poderes que repartem como órgãos da soberania do Estado nas condições impostas pela variações conceituais derivadas da nova teoria axiológica dos direitos fundamentais, resta apontar esse fenômeno de transferência e transformação política: a tendência do Poder Judiciário para subir da autoridade e prestígio, enquanto o Poder Legislativo se apresenta em declínio de força e competência”* (BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 635).

Por esta razão, é que o citado constitucionalista defende a figura do “Juiz Social” que, com base na doutrina alemã, tem por sustentáculo *“fazer na cabeça do magistrado a ratio das decisões judiciais com mais sensibilidade para os direitos fundamentais e para o quadro social da ordem jurídica, a que se prende, doravante, a dimensão nova, concreta e objetiva daqueles direitos”*. (BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 587).

Dirley da Cunha Júnior, ao comentar o tema no âmbito da ação civil pública, professa o seguinte:

No que concerne ao controle das omissões do poder público, essa ação coletiva tem a virtude de propiciar uma atuação judicial abrangente no controle para a implementação das políticas públicas necessárias à efetivação dos direitos fundamentais, sobretudo dos direitos sociais. Por meio dela, por exemplo, o Ministério Público pode e até deve propor ao Judiciário um efetivo controle do poder público na realização de políticas públicas determinadas vinculativamente pela Constituição nas áreas sociais (como, por exemplo, na saúde, educação, previdência, assistência, cultura, criança e adolescente, idoso, portador de deficiência, meio ambiente e índio).

E não se diga, a propósito, que o controle judicial das políticas públicas consistiria numa indébita intromissão do Poder Judiciário na esfera da competência discricionária de outro Poder. O juízo de conveniência e oportunidade dos poderes públicos, tão invocado para afastar a tese da judicialização das políticas públicas, não au-

toriza a omissão destes poderes no cumprimento de seus deveres constitucionais.

De feito, a atividade discricionária do poder público, modernamente, vem sendo cada vez mais reduzida e delimitada, em decorrência da consagração de importantes princípios constitucionais conformadores da atuação dos poderes, a exemplo dos princípios da indisponibilidade do interesse público, do devido processo legal formal e substantivo, da razoabilidade e proporcionalidade, da moralidade administrativa, da eficiência, da obrigatoriedade do desempenho da atividade administrativa, da continuidade do serviço público, da igualdade, da justiça social, da economicidade, entre outros (CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle judicial das omissões do poder público*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 458-459).

Logo, se o Estado de Santa Catarina, em tese, não deu cumprimento a um mandamento constitucional, mais precisamente o art. 227, *caput*, da Constituição Federal de 1988, não há dizer que o pedido formulado na ação civil pública é juridicamente impossível, pois, como ressaltado alhures, o Poder Judiciário está autorizado a intervir na Administração Pública, quando esta desatende ao comando da Constituição Federal ou da Lei.

Aliás, conforme bem observou o eminente Desembargador Francisco Oliveira Filho, nas considerações finais de seu artigo “O Controle Judicial do Excesso Legislativo e dos Atos Discricionários da Administração Pública no Devido Processo Legal Substancial”,

Há, pois, necessidade de os operadores do Direito aprofundarem o exercício de compreensão das premissas do devido processo legal substancial, desempenhando a magistratura nesse contexto a garantia da prevalência das disposições constitucionais, porque a falta de referência específica não torna os valores menos verdadeiros ou importantes na busca do correto e justo (ABREU, Pedro Manoel; OLIVEIRA, Pedro Miranda (Coord.). *Direito e processo*: Estudos em homenagem ao Desembargador Norberto Ungaretti. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007. p. 164).

Por fim, a decisão em comento não determinou a contratação de servidores, como quis fazer crer o agravante, uma vez que o comando foi

“providenciar a designação de profissional de serviço social e psicologia no prazo máximo de 15 dias”, consignando expressamente que “a pretensão liminar se refere apenas a parte do pedido, ou seja, a colocação dos profissionais ali especificados, nem mesmo se falando em contratação, mas sim em designação (o que poderá ser atendido por relocação)” (fl. 59). Desta feita, não se evidencia o óbice alegado na Lei de Responsabilidade Fiscal ou na Lei Eleitoral.

Não há, portanto, vedação no ordenamento jurídico brasileiro quanto à pretensão formulada pelo Ministério Público.

Com relação às argumentações de mérito, que consistem basicamente no caráter programático das normas constitucionais e na ausência de orçamento, melhor sorte não assiste ao agravante, porque a designação de profissional da área de psicologia e serviço social é indispensável à reintegração do adolescente infrator na sociedade, servindo, sobretudo, como alicerce à sua educação e desenvolvimento no âmbito social.

E essa premissa está assentada na Constituição Federal de 1988 que, em seu art. 227, *caput*, 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.

O caráter programático invocado pelo agravante não constitui fundamento suficiente para eximi-lo de cumprir a medida determinada pelo Magistrado da instância de origem, haja vista nossa Corte Máxima já ter assentado que “A interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconstitucional”, em célebre acórdão que versava sobre o fornecimento de medicamentos para porta-

dores do vírus HIV (RE-AgR 271286/RS, rel. Min. Celso de Mello, j. em 12-9-2000, DJ de 24-11-2000).

Da ementa do acórdão *supra* também se extrai que

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 incoseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu imposterável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado,

o que, *mutatis mutandis*, se aplica perfeitamente ao caso em análise.

Ademais, a própria legislação infraconstitucional regulamenta o assunto, ainda que implicitamente no que concerne à medida de semiliberdade, conforme pode ser observado dos seguintes dispositivos contidos no Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 90. As entidades de atendimento são responsáveis pela manutenção das próprias unidades, assim como pelo planejamento e execução de programas de proteção e socioeducativos destinados a crianças e adolescentes, em regime de:

- I — orientação e apoio sociofamiliar;
- II — apoio socioeducativo em meio aberto;
- III — colocação familiar;
- IV — abrigo;
- V — liberdade assistida;
- VI — semiliberdade;
- VII — internação.

[...]

Art. 94. As entidades que desenvolvem programas de internação têm as seguintes obrigações, entre outras:

- I — observar os direitos e garantias de que são titulares os adolescentes;
- II — não restringir nenhum direito que não tenha sido objeto de restrição na decisão de internação;
- III — oferecer atendimento personalizado, em pequenas unidades e grupos reduzidos;
- IV — preservar a identidade e oferecer ambiente de respeito e dignidade ao adolescente;
- V — diligenciar no sentido do restabelecimento e da preservação dos vínculos familiares;
- VI — comunicar à autoridade judiciária, periodicamente, os casos em que se mostre inviável ou impossível o reatamento dos vínculos familiares;
- VII — oferecer instalações físicas em condições adequadas de habitabilidade, higiene, salubridade e segurança e os objetos necessários à higiene pessoal;
- VIII — oferecer vestuário e alimentação suficientes e adequados à faixa etária dos adolescentes atendidos;
- IX — oferecer cuidados médicos, psicológicos, odontológicos e farmacêuticos;
- X — propiciar escolarização e profissionalização;
- XI — propiciar atividades culturais, esportivas e de lazer;
- XII — propiciar assistência religiosa àqueles que desejarem, de acordo com suas crenças;
- XIII — proceder a estudo social e pessoal de cada caso;
- XIV — reavaliar periodicamente cada caso, com intervalo máximo de seis meses, dando ciência dos resultados à autoridade competente;
- XV — informar, periodicamente, o adolescente internado sobre sua situação processual;
- XVI — comunicar às autoridades competentes todos os casos de adolescentes portadores de moléstias infecto-contagiosas;

XVII — fornecer comprovante de depósito dos pertences dos adolescentes;

XVIII — manter programas destinados ao apoio e acompanhamento de egressos;

XIX — providenciar os documentos necessários ao exercício da cidadania àqueles que não os tiverem;

XX — manter arquivo de anotações onde constem data e circunstâncias do atendimento, nome do adolescente, seus pais ou responsável, parentes, endereços, sexo, idade, acompanhamento da sua formação, relação de seus pertences e demais dados que possibilitem sua identificação e a individualização do atendimento.

Outrossim, parece-me que, aqui, os argumentos de ordem financeira merecem ser relegados a segundo plano, mercê de um dos princípios vetores da Constituição Federal de 1988, que é o postulado da dignidade da pessoa humana, expressamente previsto no art. 1º, inciso III, do texto constitucional, *in verbis*:

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:

I — a soberania;

II — a cidadania;

III — a dignidade da pessoa humana;

IV — os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V — o pluralismo político.

O princípio matriz retro, bem como todos os direitos sociais assegurados constitucionalmente aos adolescentes, sempre prevalecerão sobre o interesse financeiro do Estado, ou, como afirmado na decisão profligada, “a política da prioridade absoluta colocada na Constituição Federal não pode ser relegada a segundo plano, ou reduzida a razões outras de conveniência (administrativas) política” (fl. 59).

Assim, presentes os requisitos exigidos na espécie, não vejo como reformar a decisão *a quo*, especialmente tendo em vista a peculiaridade e urgência da situação em foco.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso, mantendo incólume a decisão interlocutória objurgada.

DECISÃO

Nos termos do voto do Relator, por votação unânime, negaram provimento ao recurso, mantendo incólume a decisão interlocutória objurgada. Impedido o Exmo. Sr. Des. Francisco Oliveira Filho.

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Jaime Ramos e Ronaldo Moritz Martins da Silva. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Raulino Jacó Brüning.

Florianópolis, 24 de abril de 2007.

Francisco Oliveira Filho
PRESIDENTE

Cid Goulart
RELATOR

APELAÇÃO CÍVEL

Apelação Cível n. 2006.047373-7, de Tangará

Relator designado: Des. Francisco Oliveira Filho

APELAÇÃO CÍVEL – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – DISPENSA DE PROCEDIMENTO LICITATÓRIO – IMPOSSIBILIDADE NA ESPÉCIE – PARECER POSITIVO DO TRIBUNAL DE CONTAS ESTADUAL NO SENTIDO DE APROVAÇÃO DAS DESPESAS *SUB JUDICE* – EFICÁCIA VINCULANTE INEXISTENTE – SENTENÇA ABSOLUTÓRIA PENAL SOBRE A MESMA QUESTÃO – AUTONOMIA JURISDICIONAL CIVIL – CABIMENTO DO REEXAME DA MATÉRIA À LUZ DA LEI N. 8.429/92 (LIA) – APELO, POR MAIORIA, INACOLHIDO – DESCLASSIFICAÇÃO DA SANÇÃO DE SUSPENSÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS DE OFÍCIO.

Permite o art. 24, inciso V, da Lei n. 8.666/93 a dispensa do procedimento licitatório, “quando não acudirem interessados à licitação anterior e esta, justificadamente, não puder ser repetida sem prejuízo para a Administração, mantidas, neste caso, todas as condições preestabelecidas”. Revelando a hipótese a inexistência de procedimento licitatório anterior, requisito indispensável não foi observado, sendo írritos os atos praticados, ainda que possa não ter ocorrido reflexo no erário, porque “para a configuração do ato de improbidade não se exige que tenha havido dano ou prejuízo material, restando alcançados os danos imateriais” (STJ – REsp. n. 195.274-0-PR).

“A aprovação por órgão de controle interno ou pelo Tribunal de Contas não poderia mesmo elidir a aplicação de sanções à improbidade administrativa, à medida que, por imposição constitucional, nenhuma lesão a direito ficará imune ao controle

judiciário. Mais, por força do art. 37, § 4º, a incidência das sanções ali contempladas é de rigor, na forma que a lei estabelece” (PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernando Elias; e FÁUZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade administrativa: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público*. 2. ed. São Paulo: Atlas. p. 131-132).

Inadequada é a invocação de sentença absolutória penal acerca dos fatos *sub judice*, em face da autonomia jurisdicional civil, que possibilita o reexame da matéria com pressupostos inteiramente diversos.

Pertinente é a desclassificação do lapso temporal de suspensão dos direitos políticos do ex-alcaide, quando os fatos autorizam o enquadramento no *caput* do art. 11 c/c o 12, inciso III, da Lei n. 8.429/92.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2006.047373-7, da comarca de Tangará (vara única), em que é apelante Doremi Carlos Borsói, e apelado o representante do Ministério Público:

ACORDAM, em Segunda Câmara de Direito Público, por maioria de votos, negar provimento ao apelo, desclassificando, de ofício, o ato de improbidade administrativa para a hipótese do art. 11, *caput*, da Lei n. 8.429/92, acarretando a sanção de suspensão dos direitos políticos por três (3) anos, conforme o art. 12, inciso III, daquele diploma, e mantém-se no mais o respeitável ato decisório compositivo da lide. Custas na forma da lei.

“Na comarca de Tangará, o Ministério Público do Estado de Santa Catarina ajuizou ação civil pública por ato de improbidade administrativa contra o ex-prefeito Doremi Carlos Borsói, objetivando a condenação do

réu pela prática de atos de improbidade administrativa consistentes: a) na dispensa indevida de licitação; b) no pagamento ilegal de horas extras; c) no pagamento irregular em razão de acumulação de funções; d) na realização de despesas sem prévio empenho; e) na criação e provimento irregulares de cargos em comissão; e f) na realização de pagamentos sem obediência à estrita ordem cronológica de exigibilidade.

“Requeru, ao final, a procedência do pedido, com a aplicação das sanções previstas no inciso II do art. 12 da Lei n. 8.429/92, ou sucessivamente nos termos do art. 289 do Código de Processo Civil nas sanções do inciso III do mesmo artigo, pelo cometimento dos atos previstos nos arts. 10, *caput* e incisos VIII e XII, e 11, *caput* e inciso V, da citada Lei, e art. 37, XVI, da Constituição Federal.

“Anexou aos autos cópia dos relatórios e decisão do Plenário do Tribunal de Contas relativamente aos exercícios de 1993, 1994, 1995 e 1996, do município de Tangará.

“Citado, o réu contestou o feito alegando, preliminarmente, a ilegitimidade ativa do Ministério Público ao argumento de que este não possui legitimidade para ajuizar ação civil pública que tenha a finalidade de ressarcimento de possíveis danos causados ao erário municipal e que as contas foram aprovadas pelo Tribunal de Contas e pela Câmara Municipal.

“No mérito, sustentou que meras irregularidades administrativas, desprovidas de dolo e sem potencial lesivo para o erário, não podem ser alçadas à condição de conduta delituosa.

“Argumentou que algumas compras de bens e serviços foram realizadas sem prévia licitação porque os valores estavam abaixo dos limites estabelecidos pela Lei de Licitações.

“Asseverou que as horas extras foram pagas porque efetivamente trabalhadas e que a criação dos cargos em comissão visava atender neces-

sidades inadiáveis da administração, sem nenhum intuito de beneficiar ou favorecer particulares.

“Afirmou ser lícita a acumulação da remuneração de vice-prefeito com a remuneração de outra função que eventualmente ocupasse na administração.

“No tocante à realização de despesas sem prévio empenho e pagamentos em desacordo com a ordem cronológica, aduz que essas condutas não tipificam os crimes apontados pelo Ministério Público.

“Sustentou que todas as despesas realizadas estavam autorizadas na Lei Orçamentária e foram devidamente processadas, enquanto que a inversão na ordem dos pagamentos foi provocada em razão do não-comparecimento dos credores para receber na data dos vencimentos os seus créditos.

“Por fim, argumentou que em nenhum momento o Ministério Público comprovou que o réu tenha causado danos ao erário do município de Tangará com a violação dos princípios constitucionais invocados, o que prejudica o pedido de ressarcimento.

“Manifestação à contestação às fls. 566-572.

“Em despacho saneador (fls. 573-579), o Magistrado afastou as preliminares de ilegitimidade ativa do Ministério Público e a de aprovação das contas pelo Tribunal de Contas do Estado, e deferiu a produção de provas requeridas pelas partes, com exceção da pericial.

“Na audiência de instrução e julgamento foi colhido o depoimento pessoal do réu e ouvida uma testemunha arrolada pelo Ministério Público e duas pelo réu. Foi deferido, ainda, o pedido de juntada de todos os depoimentos prestados em juízo no processo criminal envolvendo os mesmos fatos e também a cópia da sentença prolatada naquele processo.

“Por carta precatória foi ouvida uma testemunha arrolada pelo réu.

“Alegações finais pelo Ministério Público às fls. 646-664 e pelo réu às fls. 667-684.

“Sentenciando, o Magistrado julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na ação civil pública e, por conseguinte, reconheceu a prática de ato de improbidade administrativa consistente na não-realização de licitações e, na forma do art. 12, II, da Lei n. 8.429/92, suspendeu os direitos políticos do réu pelo período de 5 (cinco) anos.

“Inconformado com a decisão que lhe foi adversa, o réu apelou alegando que os atos praticados não caracterizam improbidade administrativa, especialmente porque o Tribunal de Contas aprovou as contas de sua gestão e também pelo fato de que as contratações realizadas sem prévia licitação referiam-se a valores inferiores ao limite mínimo para dispensa de licitação prevista na Lei n. 8.666/93.

“Argumenta que não há razão para que a decisão prolatada na ação civil pública seja diversa daquela proferida nos autos da ação penal, a qual abordou todos os temas objeto da ação civil pública e reconheceu que as irregularidades não tipificavam a gravidade reclamada pela lei de improbidade.

“Alega que a configuração do ato de improbidade necessita, obrigatoriamente, da ocorrência do dolo ou da má-fé, não bastando a mera culpa do agente.

“Defende que, embora o texto legal determine a aplicação da pena ao agente público independentemente de lesão ao erário, tal sanção somente deve efetivar-se se a conduta ilegal estiver infestada de imoralidade e desonestidade.

“Contra-razões às fls. 748-757.

“A douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo conhecimento e desprovimento do apelo” (fls. 772-775).

É a síntese do essencial.

Incontroverso é que serviços, obras, compras e alienações devem ser pactuadas mediante procedimento licitatório. A Magna Carta em seu art. 37, inciso XXI, não deixa a menor dúvida a esse respeito. O Estatuto Federal, consubstanciado na Lei n. 8.666/93, permite no art. 24, inciso V, a dispensa daquele ato, “quando não acudirem interessados à licitação anterior e esta, justificadamente, não puder ser repetida sem prejuízo para a Administração, mantidas, neste caso, todas as condições preestabelecidas”. Entretanto, a prova documental revela que na espécie não foi realizado procedimento licitatório anterior. Este, aliás, só pode ser atestado mediante a abertura do respectivo certame e a demonstração de resultado negativo. Logo, requisito indispensável não existe na hipótese.

E mais: a dispensa, a inexigibilidade ou retardamento da providência no caso omitida reclama o atendimento dos incisos I a IV do art. 26 da referida Lei n. 8.666/93. Esses elementos não estão indicados nos quatro volumes que reconstruíram o litígio. Em conseqüência, formalidade essencial não foi acatada.

Surpreendem a propósito as palavras de Dorival Carlesso: “a negociação era feita diretamente pela empresa com o Prefeito; [...] Que, todas as empresas de transporte escolar negociavam o preço diretamente com o Prefeito; Que, os particulares que realizavam serviços de transporte também negociavam os preços diretamente com o Prefeito” (fls. 606-607). Diferente não é a versão de Alcir Alberto Holleweger (fl. 608), proprietário da Auto Mecânica Espocar, o qual realizava pequenos serviços, inclusive de socorro, nos finais de semana. Todavia, em certo trecho declarou: “Que, a empresa do depoente já participou de licitações no município, sendo o processo feito através de tomada de preço; que, estas tomadas de preço

sempre foram feitas para serviços pequenos, como socorro”. Porém, anteriormente ressaltou: “Que, o depoente nunca participou de licitações na gestão do acusado”. Esses elementos foram colhidos da ação penal em que o inconformado foi absolvido, podendo ser considerados a título de prova emprestada, consoante autoriza o art. 332 do Código de Processo Civil. Por outro lado, o deslinde na área criminal não vincula a civil, em virtude de serem diversos os pressupostos que as caracterizam. Daí a pertinência desta ação civil pública.

O ex-alcaide, em seu depoimento pessoal, declarou: “não sei informar atualmente se foi ou não procedida licitação para a aquisição de determinados produtos, até porque não tinha conhecimento sobre a administração pública” (fl. 593). Arremata em seguida: “não lembro se foi feito processo licitatório para o transporte escolar, mas esclareço que na época tomei a atitude de trazer a maioria dos alunos do interior para estudarem no centro desta cidade, a fim de dar-lhes melhores condições de ensino, mantendo na zona rural apenas as escolas que estavam funcionando bem” (fl. 593). Ora, se não tinha conhecimento sobre a administração pública, deveria orientar-se com segurança, inclusive porque tinha assessoria jurídica (fl. 600). A sua omissão não pode constituir escusa para os írritos atos que praticou.

Intensa é a referência sobre a manifestação do Tribunal de Contas Estadual acerca dos fatos *sub judice*. Porém,

a aprovação por órgão de controle interno ou pelo Tribunal de Contas não poderia mesmo elidir a aplicação de sanções à improbidade administrativa, à medida que, por imposição constitucional, nenhuma lesão a direito ficará imune ao controle judiciário. Mais, por força do art. 37, § 4º, a incidência das sanções ali contempladas é de rigor, na forma que a lei estabelece (PAZZAGLINI FILHO, Marinho; ROSA, Márcio Fernando Elias; e FÁUZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade administrativa*: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público. 2. ed. São Paulo: Atlas, p. 131-132).

Há, ainda, o art. 18 da Lei n. 8.429/92, para afastar aquele fundamento, que no contexto é irrelevante.

Finalmente: ainda que se admitisse, apenas para argumentar, que não teriam os atos impugnados provocado dano ao erário, isso seria despidendo para alicerçar a procedência do pleito formulado na inicial desta ação civil pública. É que “para a configuração do ato de improbidade não se exige que tenha havido dano ou prejuízo material, restando alcançados os danos imateriais” (REsp. n. 195.274-0-PR, Ministro João Otávio de Noronha).

Ante o exposto, por maioria, nega-se provimento ao apelo, desclassificando-se, entretanto, de ofício, o ato de improbidade administrativa para a hipótese do art. 11, *caput*, da Lei n. 8.429/92, impondo-se, em consequência, a sanção de suspensão dos direitos políticos por 3 (três) anos, conforme o art. 12, inciso III, daquele diploma, e mantém-se no mais o respeitável ato decisório compositivo da lide.

Participaram do julgamento, realizado no dia 24 de abril de 2007, o Exmo. Sr. Des. Cid Goulart e, com voto vencido, o Exmo. Sr. Des. Subst. Jaime Ramos. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Anselmo Jerônimo de Oliveira.

Florianópolis, 21 de setembro de 2007.

Francisco Oliveira Filho
PRESIDENTE E RELATOR DESIGNADO

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Subst. Jaime Ramos

EMENTA ADITIVA

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL – ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – PREFEITO MUNICIPAL – CONTRATAÇÃO DE TRANSPORTE ESCOLAR COM VÁRIAS EMPRESAS E PUBLICIDADE EM RÁDIO SEM LICITAÇÃO – ILEGALIDADE – AUSÊNCIA DE LOCUPLETAMENTO PRÓPRIO OU DE TERCEIRO, PREJUÍZO AO ERÁRIO OU MÁ-FÉ (DESONESTIDADE) – NÃO CARACTERIZAÇÃO DE CONDUTA ÍMPROBA – APLICAÇÃO DE PENALIDADES – IMPOSSIBILIDADE.

Para que se caracterize o ato de improbidade do art. 10, inciso VIII, da Lei n. 8.429/92, é essencial que a contratação sem licitação tenha ocorrido com dolo ou culpa e que ela tenha ocasionado dano ao erário. À falta de dolo ou culpa, tal conduta pode configurar simples ofensa ao princípio da administração pública relativo à legalidade (art. 11), contudo, para que seja aplicada qualquer penalidade por ato de improbidade administrativa, é necessário que o agente tenha laborado com má-fé (desonestidade).

Ousei divergir da douta maioria, a cuja deliberação tributo o maior respeito, por entender que não restou configurado o ato de improbidade previsto no art. 10, inciso VIII, da Lei Federal n. 8.429/92, em que foi capitulada a conduta do administrador, com a conseqüente condenação dele nas penas estabelecidas no art. 12, inciso II, da mesma Lei, uma vez que não há prova de que o agente público tenha agido com dolo ou culpa, e tampouco foi demonstrado qual o prejuízo que teria sido causado ao erário.

1. É imperativo registrar, inicialmente, que o fato de o Tribunal de Contas do Estado ter aprovado as contas municipais não impede o ajuizamento de ação civil pública por prática de ato de improbidade administrativa, porque o julgamento daquela Corte é meramente administrativo e, por isso, não tem o condão de afastar do Poder Judiciário a apreciação dos atos praticados pelos agentes políticos, a fim de que apure eventuais irregularidades e, por conseguinte, imponha, se for o caso, as sanções estabelecidas em lei. O mesmo se diga em relação ao controle interno feito pela Câmara Municipal.

É o que se infere da norma do art. 21, inciso II, da Lei Federal n. 8.429/92:

Art. 21. A aplicação das sanções previstas nesta lei independe:

[...]

II – da aprovação ou rejeição das contas pelo órgão de controle interno ou pelo Tribunal ou Conselho de Contas.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça não destoa:

ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INDICAÇÃO DE PRÁTICA DE IRREGULARIDADES ADMINISTRATIVAS. APROVAÇÃO DAS CONTAS PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. JULGAMENTO DE NATUREZA ADMINISTRATIVA. VINCULAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS. EXCLUSÃO DE APRECIÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. POSSIBILIDADE DO PEDIDO.

[...]

4. O fato de o Tribunal de Contas da União ter aprovado as contas dos recorrentes não inibe a atuação do Poder Judiciário, visto que não se trata de rejuizamento pela Justiça Comum, porque o Tribunal de Contas é Órgão Administrativo e não judicial, e sua denominação de Tribunal e a expressão julgar, ambas são equívocas. É o TCU um conselho de contas sem julgá-las, sentenciando a respeito delas. Apura a veracidade delas para dar quitação ao interessado, entendendo-as como prestadas, a promover a condenação criminal e civil dele,

em verificando o alcance. Não há julgamento, cuja competência é do Poder Judiciário.

5. A decisão que aprecia as contas dos administradores de valores públicos faz coisa julgada administrativa no sentido de exaurir as instâncias administrativas, não sendo mais suscetível de revisão naquele âmbito. Não fica, no entanto, excluída de apreciação pelo Poder Judiciário, porquanto nenhuma lesão de direito pode dele ser subtraída.

6. O art. 5º, inciso XXXV, da CF/88, dispõe que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

7. A apreciação pelo Poder Judiciário de questões que foram objeto de pronunciamento pelo TCU coaduna-se com a garantia constitucional do devido processo legal, porquanto a via judicial é a única capaz de assegurar ao cidadão todas as garantias necessárias a um pronunciamento imparcial (REsp. n. 472.399/AL, rel. Ministro José Delgado, julgado em 26-11-2002).

A aplicação das sanções previstas na Lei de Improbidade independe da aprovação ou rejeição das contas pelo órgão de controle interno ou pelo tribunal ou conselho de contas (art. 21, II, da Lei n. 8.429/92) (REsp. n. 880.662/MG, rel. Ministro Castro Meira, julgado em 15-2-2007).

Desta Corte:

ATO DE IMPROBIDADE – CONTAS APROVADAS PELO TRIBUNAL DE CONTAS – LEI N. 8.429/92, ART. 21.

1. A aplicação das sanções previstas na Lei n. 8.429/92 independe da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público ou da aprovação ou rejeição das contas pelo órgão de controle interno ou pelo Tribunal de Contas (Ap. Cív. n. 2004.028119-0, de Pomerode, rel. Des. Luiz César Medeiros, julgada em 10-10-2006).

2. É inconsistente, de igual modo, o argumento do prefeito/apelante segundo o qual as dispensas de licitação não são irregulares porque os valores não alcançavam o montante estabelecido na legislação.

Ora, é cediço que a dispensa do procedimento licitatório é uma exceção à regra. A Constituição Federal, em seu art. 37, inciso XXI, determina que as obras, serviços, compras e alienações da Administração Pública serão contratados mediante processo de licitação pública, com exceção dos casos especificados na legislação.

As hipóteses de dispensa de licitação estão definidas no art. 24 da Lei de Licitações, estabelecendo o seu inciso II que

para outros serviços e compras de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea “a”, do inciso II, do artigo anterior, e para alienações, nos casos previstos nesta Lei, desde que não se refram a parcelas de um mesmo serviço, compra ou alienação de maior vulto que possa ser realizado de uma só vez.

Justifica-se a dispensa do processo licitatório referida pelo inciso II do art. 24 da Lei Federal n. 8.666, de 21-6-1993, porque, embora viável a competição entre os particulares, o valor das compras, serviços e obras de até R\$ 8.000,00 não é significativo e, por isso, não compensa os custos que envolvem a realização de uma licitação.

Não fora isso, ainda que a legislação autorize o fracionamento de contratações, ele é vedado quando realizado com o intuito de incluir a contratação nas hipóteses legais de dispensa de licitação.

Ensina Marçal Justen Filho, acerca do fracionamento das contratações:

[...] é perfeitamente válido (eventualmente, obrigatório) promover o fracionamento de contratações. Não se admite, porém, que o fracionamento conduza à dispensa de licitação. É inadmissível que se promova dispensa de licitação fundando-se no valor de contratação que não é isolada. Existindo pluralidade de contratos homogêneos, de objeto similar, considera-se seu valor global – tanto para fins de aplicação do art. 24, incs. I e II, como relativamente à determinação da modalidade cabível de licitação.

Não se admite o parcelamento de contratações que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente. Seria permitido o parcelamento para contratações sucessivas? Não há resposta absoluta.

Depende das circunstâncias tal como exposto a propósito do art. 23, § 5º, especialmente quanto ao princípio da moralidade. Significa que, sendo previsíveis diversas aquisições de objetos idênticos, deve considerar-se o valor global. A regra subordina a Administração ao dever de prover todas as contratações que realizará no curso do exercício. Não se vedam contratações isoladas ou fracionadas – proíbe-se que cada contratação seja considerada isoladamente, para fim de determinação do cabimento de licitação ou da modalidade cabível. Se a contratação superveniente derivar de evento não previsível, porém, nenhum vício existirá em tratar-se os dois contratos como autônomos e dissociados (*Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 235).

Jessé Torre Pereira Júnior, comentando a norma inserta no art. 24 da Lei n. 8.666/93, sustenta que

o não-fracionamento continua sendo diretriz importante na legislação licitatória, tanto que a Lei n. 8.666/93 ressalva, na hipótese de dispensabilidade do certame em razão do pequeno valor do objeto (art. 24, inciso II), a inaplicabilidade do permissivo para parcelas da mesma compra. Vale dizer que a lei proíbe a contratação direta de compra de objeto que haja sido parcelado no propósito de fracionar seu valor global e com isto evitar-se a realização do procedimento seletivo, que seria obrigatório para a contratação da integralidade (*Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 260).

Nesse passo, é evidente que o administrador público não pode fracionar a aquisição de bens para se ajustar à hipótese de dispensa de licitação prevista no inciso II do art. 24 da Lei de Licitações.

Na espécie, o ex-prefeito alega que não promoveu a licitação para contratação de serviços de publicidade, informática, conserto de veículos, assessoria jurídica e transporte escolar, porque as contratações observaram o limite previsto na Lei.

Todavia, a justificativa não é convincente.

No que se refere aos serviços de publicidade, prestação de serviços de informática e de assessoria jurídica, a contratação levou em conta a inexigibilidade de licitação a que se refere o art. 25 da Lei n. 8.666/93. Entretanto, nesses casos não é possível a contratação direta por inexigibilidade de certame, porquanto não configuradas as hipóteses de inviabilidade de competição ou de notória especialização dos profissionais, que seriam capazes de afastar a competição.

Quanto aos serviços de mecânica, bem como os serviços não identificados, prestados pelos senhores Claudir Henrique Michelin, Amélio Fritzen e Luzindo Einsweiler, verifica-se que os valores contratados superam em muito o limite de R\$ 8.000,00 (oito mil reais) autorizado por lei para a dispensa de licitação, sendo evidente que nesses casos houve um fracionamento indevido das compras e prestações de serviços.

A despeito da irregularidade dessas contratações, o Juízo de primeiro grau entendeu não se tratar de atos de improbidade administrativa, e a matéria não é passível de reexame nesta segunda instância, por falta de apelo do Ministério Público e por inexistência de remessa necessária na espécie, em observância ao princípio *tantum devolutum quantum appellatum*.

Em relação à contratação de transporte escolar e de publicidade em rádio, a infringência à lei de licitações igualmente ficou caracterizada, motivo pelo qual o apelante, nessa parte, foi condenado por improbidade administrativa.

Com efeito, depreende-se dos autos que mais de 10 empresas distintas foram contratadas para prestar serviços de transporte escolar, e a contratação se estendeu durante todo o ano de 1996, e uma estação de rádio foi contratada para divulgar os atos da Administração.

Logo, é evidente que a dispensa de licitação contrariou a legislação que disciplina a matéria, já que houve o fracionamento da prestação de serviços que deveria ter sido, incontestavelmente, objeto de uma licitação,

porque a soma dos valores pagos aos contratados excede em demasia o valor previsto no art. 24, inciso II, da Lei n. 8.666/93.

No entanto, assiste razão ao apelante quando sustenta que para restar configurado o ato de improbidade administrativa é indispensável que o agente tenha praticado as condutas previstas no art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa com dolo e que tenha causado algum dano ao erário.

O art. 37, § 4º, da Constituição Federal de 1988 prevê que “os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”, devendo a lei estabelecer “os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízo ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento”.

A Lei n. 8.429/92 estabelece três espécies de atos de improbidade:

- a) atos que importam em enriquecimento ilícito (art. 9º);
- b) atos causadores de lesão aos cofres públicos (art. 10);
- c) atos violadores dos Princípios da Administração Pública (art. 11).

O ato de improbidade reconhecido pelo Juízo *a quo* (dispensa ilegal de licitação na contratação de transporte escolar) foi enquadrado no art. 10, inciso VIII, da Lei n. 8.429/92, segundo o qual

constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente: [...] VIII – frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente.

Convém esclarecer que, ao contrário dos atos de improbidade previstos nos arts. 9º e 11 da Lei Federal n. 8.429/92, que só admitem a forma dolosa, o art. 10 da referida Lei estabelece que o ato de improbidade administrativa é qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que cause lesão ao erário.

Nesse passo, para que os atos de improbidade previstos no art. 10 da Lei de Improbidade restem configurados, dois requisitos devem estar presentes: a) a ação ou omissão dolosa ou culposa; e b) o prejuízo ao erário.

Efetivamente, o tipo descrito no art. 10 da lei em comento, ao contrário do que quer fazer crer o apelante, pode ser tanto doloso como culposo, por expressa disposição legal.

Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves, acerca do assunto, ensinam:

Somente o art. 10 se refere ao elemento subjetivo do agente, sendo expresso ao falar em “qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa”, enquanto que os dois outros preceitos nada dispõem a respeito.

Partindo-se da premissa de que a responsabilidade objetiva pressupõe normatização expressa esse sentido, constata-se que: a) a prática de atos de improbidade previstos nos arts. 9º e 11 exige o dolo do agente; b) a tipologia inserida no art. 10 admite que o ato seja praticado com dolo ou com culpa; c) o mero vínculo objetivo entre a conduta do agente e o resultado ilícito não é passível de configurar a improbidade (*Improbidade administrativa*. 2. ed. Lumen Juris, 2004. p. 297-298).

O Superior Tribunal de Justiça tem orientado:

Tanto a doutrina quanto a jurisprudência do STJ associam a improbidade administrativa à noção de desonestidade, de má-fé do agente público. Somente em hipóteses excepcionais, por força de inequívoca disposição legal, é que se admite a configuração de improbidade por ato culposos (Lei n. 8.429/92, art. 10). O enquadramento nas previsões dos arts. 9º e 11 da Lei de Improbidade, portanto, não pode prescindir do reconhecimento de conduta dolosa (REsp. n.

604.151/RS, rel. p/ o acórdão Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 25-4-2006).

Contudo, mesmo admitindo a modalidade culposa, na presente *actio* não há imputar ao apelante a prática do ato de improbidade previsto no art. 10, inciso VIII, da Lei n. 8.429/92, porque nem o dolo, nem a culpa e tampouco o prejuízo ao erário foram comprovados.

De fato, não há nos autos sequer indícios de que o apelante teve o objetivo espúrio de afastar licitantes, beneficiar as empresas contratadas ou a si próprio, ou ainda que os valores pagos aos contratados não eram condizentes com o preço de mercado.

Ressalte-se que o objetivo da lei é punir o administrador desonesto e não aquele que se mostra despreparado e inapto ao exercício da função que lhe foi confiada.

Carlos Frederico Brito dos Santos leciona que o mesmo deve ser dito

em relação à lesividade, que sempre deverá estar presente para que ocorra qualquer ato de improbidade decorrente do art. 10, verdadeira exceção ao disposto no art. 21, inciso I, como já vimos, pelo fato de ser da essência do prejuízo ao erário a lesividade (*Improbidade administrativa: reflexões sobre a Lei n. 8.429/92*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 26).

Da jurisprudência, sobre a matéria, colhem-se os seguintes julgados:

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – PREJUÍZO AO ERÁRIO – INOCORRÊNCIA – AUSÊNCIA DE LESIVIDADE E MÁ-FÉ.

Nos termos da Lei n. 8.429/92, serão considerados atos de improbidade administrativa aqueles que causarem prejuízo ao erário (art. 10), enriquecimento ilícito dos infratores (art. 9º) ou afrontarem os princípios que regem a Administração Pública (art. 11).

Para o reconhecimento da responsabilidade do agente público nos termos do art. 10, há necessidade de demonstração de conduta desonesta, que cause efetiva lesão patrimonial aos cofres públicos.

Incabível atribuir ao recorrido conduta lesiva ao erário e a conseqüente aplicação das sanções correspondentes, porquanto não demonstrado o percebimento de qualquer vantagem, nem tampouco a má-fé em sua conduta (TJSC, Ap. Cív. n. 2004.032322-3, de Fraiburgo, rel. Des. Volnei Carlin, julgada em 18-8-2005).

ADMINISTRATIVO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – CESSÃO DE BEM PÚBLICO PARA INSTALAÇÃO DE EMPRESA.

Não havendo provas de que a cessão de imóvel para a instalação de empresa tenha resultado em prejuízo efetivo ao erário municipal (Lei 8.429/92, art. 10) ou de que tenha o agente que firmou o "termo de cessão de uso" visado vantagem para si e para terceiro (art. 11), não há como lhe imputar a prática de ato de improbidade administrativa (TJSC, Ap. Cív. n. 2003.001390-3, de Ibirama, rel. Des. Newton Trisotto, julgada em 13-4-2004).

Desse modo, diante da ausência de prova de que o apelante teve o objetivo de afastar licitantes, beneficiar as empresas contratadas ou a si próprio, ou ainda de que os valores pagos aos contratados não eram condizentes com o preço de mercado, não há imputar-lhe a prática de ato ímprobo capitulado no art. 10 da Lei n. 8.429/92.

A conduta do ex-prefeito poderia configurar, eventualmente, ato de improbidade atentatório aos princípios da administração pública capitulado no art. 11 da Lei n. 8.429/92. São princípios da administração pública, consoante o art. 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988, os de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. A dispensa de licitação ou a contratação mediante reconhecimento de inexigibilidade que afrontam o disposto nos arts. 24 e 25 da Lei de Licitações poderiam caracterizar ofensa ao princípio da legalidade, senão também da impessoalidade e da moralidade. Quanto a esses dois últimos, ficou evidenciado que

as contratações desse jaez não visaram a nenhum interesse pessoal e não se pode dizer que tenha sido imoral contratar várias empresas para fazerem transporte escolar diário e, assim, satisfazer às necessidades do Município nessa área de sua administração. Restaria a ilegalidade. Mesmo assim, para que se configure qualquer ato de improbidade dentre aqueles referidos no art. 11 da Lei n. 8.429/92, é preciso que o administrador tenha agido com dolo e má-fé.

Nesse sentido é a lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

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*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 785).

A propósito, retira-se da jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 1ª Região:

ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. EXECUÇÃO DE OBRA. AUSÊNCIA DE LICITAÇÃO. FALTA PUNIDA CONVENIENTEMENTE PELO TCU. AUSÊNCIA DE DOLO. INOCORRÊNICA DE ATO DE IMPROBIDADE. SENTENÇA MANTIDA. 1. A Lei n. 8.429/92 visa punir, exemplarmente, atos de corrupção e desonestidade. 2. A conduta do réu, ora apelado, que agiu sem dolo, não pode ser considerada como ato de improbidade. 3. A penalidade imposta pelo TCU mostra-se suficiente para punir a falta cometida. 4. Apelo improvido (Ap. Cív. n. 299938000360537, rel. Des. Federal Hilton Queiroz, j. em 16-3-2004).

No Superior Tribunal de Justiça a orientação não é diversa:

ADMINISTRATIVO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – ATO DE IMPROBIDADE – TIPIFICAÇÃO (ART. 11 DA LEI 8.429/92). 1. O tipo do artigo 11 da Lei n. 8.429/92, para configurar-se como ato de improbidade, exige conduta comissiva ou omissiva dolosa. 2. Atipicidade de conduta por ausência de dolo. 3. Recurso especial provido (REsp. n. 534.575-PR, rela. Mina. Eliana Calmon, j. em 9-12-2003; idem REsp. n. 658.415-RS, j. em 27-6-2006).

AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AUSÊNCIA DE MÁ-FÉ DO ADMINISTRADOR PÚBLICO.

1. A Lei n. 8.429/92 da Ação de Improbidade Administrativa, que explicitou o cânone do art. 37, § 4º, da Constituição Federal, teve como escopo impor sanções aos agentes públicos incursos em atos de improbidade nos casos em que: a) importem em enriquecimento ilícito (art. 9º); b) que causem prejuízo ao erário público (art. 10); c) que atentem contra os princípios da Administração Pública (art. 11), aqui também compreendida a lesão à moralidade administrativa.

2. Destarte, para que ocorra o ato de improbidade disciplinado pela referida norma, é mister o alcance de um dos bens jurídicos acima referidos e tutelados pela norma especial.

3. No caso específico do art. 11, é necessária cautela na exegese das regras nele inseridas, porquanto sua amplitude constitui risco para o intérprete induzindo-o a acoiar de ímprobos condutas meramente irregulares, suscetíveis de correção administrativa, posto ausente a má-fé do administrador público e preservada a moralidade administrativa.

[...]

6. É cediço que a má-fé é premissa do ato ilegal e ímprobo. Consecutariamente, a ilegalidade só adquire o *status* de improbidade quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública coadjuvados pela má-fé do administrador. A improbidade administrativa, mais que um ato ilegal, deve traduzir, necessariamente, a falta de boa-fé, a desonestidade, o que não restou comprovado nos autos pelas informações disponíveis no acórdão recorrido, calcadas, inclusive, nas conclusões da Comissão de Inquérito (REsp. n. 480.387/SP, 1ª T., rel. Min. Luiz Fux, j. em 16-3-2004, DJU de 24-5-2004, p. 163).

Assim também se tem julgado neste Tribunal:

ACÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – DEFESA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO – LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO – CF/ ARTS. 127 E 129, III – LEI 7.347/85, ARTS. 1º, IV; 3º, II, E 13 – LEI 8.429/92, ART. 17 – LEI N. 8.625/93, ARTS. 25 E 26 – PERMISSÃO DE USO DE BEM PÚBLICO SEM PRÉVIA LICITAÇÃO – IRREGULARIDADE – NULIDADE DO DECRETO – AUSÊNCIA DE PREJUÍZO AO ERÁRIO – BENEFÍCIOS AO MUNICÍPIO EM DECORRÊNCIA DO CONTRATO – IMPROBIDADE NÃO CARACTERIZADA.

1. A hipótese de dano ao erário municipal enquadra-se na categoria dos interesses difusos, legitimando o Ministério Público para promover o inquérito civil e a ação civil pública com o objetivo de defender o patrimônio pertencente a toda sociedade. A Constituição Federal (art. 129, inc. III) ampliou a legitimação ativa do Ministério Público para propor Ação Civil Pública na defesa desses interesses.

2. Não restando comprovados o desvio de finalidade do ato praticado pelo Administrador Municipal, não configura ato de improbidade administrativa a irregularidade formal que vicia a permissão de

uso de bem público, sobretudo se do cumprimento do contrato resultaram benefícios notórios ao Município, com a valorização e conservação do bem, o aumento na arrecadação de impostos e o fomento ao turismo” (2ª Câmara de Direito Público, Ap. Cív. n. 2003.025579-6, de Timbó, rel. Des. Luiz César Medeiros, j. em 9-3-2004).

No mesmo sentido:

ACÇÃO CIVIL PÚBLICA – EMISSÃO IRREGULAR DE CARTEIRAS DE HABILITAÇÃO – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – DANO AO ERÁRIO INCOMPROVADO – ATO DECISÓRIO COMPOSITIVO DA LIDE CONFIRMADO – APELO INACOLHIDO.

Ex vi do art. 37, § 4º, da Magna Carta, “os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”.

A simples suspeita “pode servir de ponto de partida para uma pesquisa, justificar a inquirição de determinada pessoa, porém nunca poderá ser fundamento para uma condenação” (Maria Thereza Rocha de Assis Moura, A Prova por Índícios no Processo Penal).

O art. 11 da Lei n. 8.429/92 não está caracterizado quando a omissão ou ação não ofende os deveres de honestidade, legalidade, imparcialidade e lealdade com os princípios da administração pública (6ª Câmara Civil, Ap. Cív. n. 1997.006682-1, de Joinville, rel. Des. Francisco Oliveira Filho, j. em 20-5-2002).

Logo, não comprovado o reprovável comportamento do administrador em questão, que firmou contratos de transporte escolar e publicidade sem a necessária licitação, porém, sem nenhuma evidência de que o tenha feito com dolo e má-fé, sem nenhum prejuízo ao erário ou proveito ao indigitado ou a terceiro, não há imputar-lhe ato de improbidade administrativa de qualquer das modalidades dos arts. 9º, 10 e 11, da Lei n. 8.429/92; daí a impossibilidade de aplicação de qualquer das penalidades

estabelecidas no art. 12, incisos I, II e III, da mesma Lei de Improbidade Administrativa.

Em conseqüência, outro não poderia ser meu voto senão o de dar provimento ao recurso para julgar improcedente o pedido inicial. O Ministério Público é isento de custas processuais e de honorários advocatícios na ação civil pública, salvo quando laborou com má-fé, o que não se evidencia na hipótese dos autos.

Com o devido respeito.

Jaime Ramos

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

APELAÇÃO CÍVEL

Apelação Cível n. 2006.016801-8, de Itajaí

Relator: Des. Luiz César Medeiros

AÇÃO CIVIL PÚBLICA – DIREITO INDIVIDUAL INDISPONÍVEL – DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – MEDIDA DE PROTEÇÃO AO IDOSO – LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO – LEI N. 10.741/2003.

1. O Ministério Público tem legitimidade ativa para desencadear ação civil pública com a finalidade de resguardar direito à dignidade da pessoa humana, mesmo que afeto a uma pessoa identificada. Pleito dessa magnitude tem inegável reflexo social e deve se sobrepôr às questões meramente processuais.

2. O pensamento moderno acerca da ação civil pública preconiza que este instrumento processual não se presta unicamente à defesa de interesses coletivos ou difusos, mas também de interesses individuais que se enquadram nas disposições do art. 127 da Constituição Federal. Noutros termos, a ação civil pública tem por escopo a defesa das garantias e dos direitos constitucionais que interessam a toda a coletividade, mesmo que concernente a pessoa ou pessoas identificadas.

3. Há previsão específica no Estatuto do Idoso autorizativa da substituição processual por parte do Ministério Público: “*Art.*

74. Compete ao Ministério Público: I – instaurar o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção dos direitos e interesses difusos ou coletivos, individuais indisponíveis e individuais homogêneos do idoso; [...] VII – zelar pelo efetivo respeito aos direitos e garantias legais assegurados ao idoso, promovendo as medidas judiciais e extrajudiciais cabíveis” (também arts. 74, § 1º; 81, inc. I; e 82, caput, da Lei n. 10.741/2003).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2006.016801-8, da comarca de Itajaí, em que é apelante o representante do Ministério Público e apelado Marcelino Dauer Pestana Felipe:

ACORDAM, em Terceira Câmara de Direito Público, por votação unânime, dar provimento ao recurso. Custas na forma da lei.

RELATÓRIO

O Ministério Público de Santa Catarina ajuizou ação civil pública com pedido de aplicação de medida de proteção em favor da idosa Erna Dauer Felipe, contra Marcelino Dauer Pestana Felipe, requerendo “seja, ao final, julgado procedente o pedido para determinar em definitivo o afastamento de Marcelino Dauer Pestana Felipe do lar da idosa Erna Dauer Felipe, nos termos do art. 43, II e III, e 45, *caput*, todos da Lei n. 10.741/03” (fl. 9).

Erna Dauer Felipe, 69 anos, teria comparecido à Promotoria de Justiça de Itajaí e relatado maus-tratos infligidos por sua nora, esposa de Marcelino Dauer Pestana Felipe, em sua própria casa, pois tanto seu filho quanto a sua nora morariam na mesma residência da declarante. Depoimento consta transcrito às fls. 2-3 da petição inicial.

Em audiência extrajudicial, Marcelino e Andréia comprometeram-se a, no dia seguinte ao da saída do inquilino da casa dos fundos do terreno

onde moram, sair da casa de Erna, do andar de baixo da residência principal, levando apenas os bens de sua propriedade.

No entanto, apesar de a casa dos fundos haver sido desocupada, Marcelino, sem autorização de sua mãe, efetuou nova locação daquele imóvel, descumprindo o compromisso efetuado perante a 10ª Promotoria de Justiça.

A Meritíssima Juíza, de plano, entendendo pela ilegitimidade ativa do Ministério Público, assim decidiu:

Isto posto, indefiro a petição inicial, julgando extinta a presente Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público de Santa Catarina, por sua Promotora de Justiça, Rejane Gularte Queiroz, em favor da idosa Erna Dauer Felipe, contra o filho desta, Marcelino Dauer Pestana Felipe, nos termos dos artigos 295, inciso V e 267, VI, ambos do CPC.

Custas isentas, em razão da natureza da ação.

Ante a peculiaridade do caso, notifique-se a interessada para que constitua advogado e, caso não tenha condições de contratar um, contate os órgãos assistenciais da Prefeitura, da Univali ou requeira à Subseção da OAB um assistente judiciário (fls. 23-29).

O autor, não conformado com a prestação jurisdicional, apelou, alegando que

a assistência ao idoso, uma das prerrogativas almejadas por ambas ações da ONU, funda-se na necessidade de um cuidado maior por parte do Estado àqueles que outrora tanto contribuíram para a sociedade, e agora gozam de certa fragilidade, especial em relação a familiares, que muitas vezes mostram-se seus maiores algozes (fl. 35).

Acrescentou que

a sentença recorrida pretende mitigar a atuação do Ministério Público, que tem como dever funcional atuar como substituto processual em favor do idoso em situação de risco, conforme expressa

determinação legal, consoante preceitua o art. 74, I e III, da Lei n. 10.741/03 (fl. 37).

Citou o Recurso Especial n. 664.978/RS, da relatoria da Ministra Eliana Calmon, para demonstrar a legitimidade do *Parquet*.

Concluiu que

com o advento da Lei n. 10.741/03 (Estatuto do Idoso) o Ministério Público adquiriu, inexoravelmente, a posição de substituto processual de idoso em situação de risco, porquanto instrumento explicitamente disponibilizado para a garantia dos direitos difusos, coletivos, transindividuais e individuais indisponíveis afetos aos idosos, presumidamente hipossuficientes (fl. 40).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do doutor André Carvalho, opinou pelo conhecimento e provimento do recurso interposto.

VOTO

1. Trata-se de verificar se o Ministério Público é parte legítima para ajuizar ação civil pública com o fim específico de resguardar a integridade física e a dignidade de senhora idosa, de 69 anos, que estaria sendo maltratada pelo filho e pela nora, os quais se negam a residir em outro local que não a residência daquela.

Ao expor suas razões de decidir, consignou a Meritíssima Juíza:

Questão controversa e delicada é a da possibilidade do Ministério Público intervir em benefício de um indivíduo por meio de ação de interesse popular.

Alargado ao longo desses anos o rol de interesses amparados pela indigitada ação, deve ser conservado, pelo menos, um caráter me-taindividual ou de exclusividade, porque, do contrário, estar-se-ia suprimindo a atividade advocatícia, também prevista na Constituição Federal como função essencial à justiça.

Por uma visão simplista, a ação civil pública serve a facilitar as discussões multitudinárias relevantes e prevenir o abuso litisconsorcial. Emprestá-la para assegurar pretensão individual, ainda que visando a resguardar direitos constitucionalmente garantidos, seria desatender, de outro lado, critério isonômico de atendimento jurisdicional ao cidadão comum, desestabilizando-se a balança mediante advocacia de Representante do Ministério Público.

Registro que, embora idosa, não há nos autos indicação de que a interessada seja incapaz ou esteja desassistida; ao revés, ela possui uma filha que lhe acompanhou a tudo, e a abrigou temporariamente na cidade de São Paulo.

Neste contexto, não há razão para que o Ministério Público, através de Ação Civil Pública, aja como substituto processual da interessada, porquanto a dimensão objetiva da idade não deve ser exclusiva para servir de pressuposto para ingresso de ações tão especiais, como a do caso em tela.

[...] Por fim, esclareço que não evidenciei a situação de risco apontada na inicial como justificante da substituição processual, porque o abuso advém de um familiar e não do conjunto familiar – como se extrai da exegese do artigo 43, II, da Lei n. 10.741/03.

Registro que os fatos como apresentados são graves, entretanto, deve ser buscada a tutela respectiva, pelos meios jurisdicionais comuns, obstando uma substituição processual irrestrita do Ministério Público.

Neste sentido, compartilho do entendimento constante nos excertos da decisão recursal anteriormente citada, para reconhecer a ilegitimidade ativa *ad causam* da Representante do Ministério Público (fls. 23-24; 28-29).

A pretensão do representante do Ministério Público, mesmo se restringindo a uma única pessoa, assume outra proporção em face da extrema relevância do direito pleiteado.

A prerrogativa de todos ao exercício integral do direito à dignidade da pessoa humana é garantia constitucional e essencial ao Estado Democrático de Direito. "Portanto, na defesa de direitos individuais, ainda

que homogêneos, tem o Ministério Público legitimidade ativa, quando se tratar de direitos, de tal ordem, de tal relevância, que integrem o patrimônio social" (MILARÉ, Édis. *Ação civil pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 533).

O citado autor, em outra obra, assinala que "a ação civil pública objetiva sempre a tutela do interesse público, entendido, aqui, como aquele pertinente aos valores transcendentais de toda a sociedade, e não do Estado, enquanto estrutura político-administrativa" (MILARÉ, Édis. *A Ação civil pública na nova ordem constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 9-10).

Prossegue citando Renato Alessi, que divide o conceito de interesse público em primário e secundário. Dentro do grupo dos interesses primários, que é descrito como "a afirmação daquilo que é básico, fundamental, persistente, permanente, superior, indispensável na ordem jurídica", estão presentes os interesses individuais indisponíveis, ao lado dos interesses coletivos, difusos e gerais.

Retira-se da doutrina de José Luiz Quadros de Magalhães o excerto abaixo transcrito:

O mesmo raciocínio desenvolvido pode ser utilizado com relação ao direito à vida, como um direito individual que, para se concretizar, depende dos direitos sociais à saúde, ao lazer, ao trabalho, amparados por uma política econômica que possibilite trabalho remunerado de forma justa, saúde gratuita e lazer a todos.

Acreditamos, no entanto, que o direito à vida vai além da simples existência física. Acreditamos que no direito à vida se expressa a síntese dos grupos de direitos que formam os Direitos Humanos. Todos os direitos existem em função deste, sendo que o exercício dos direitos Individuais, o oferecimento dos direitos sociais, a política econômica e os institutos de Direito Econômico, e a própria democracia, existem no sentido de oferecimento de dignidade à vida da pessoa humana. O direito à vida que se busca através dos Direitos Humanos é a vida com dignidade, e não apenas sobrevivência. Por esse motivo, o direito à vida se projeta de um plano individual para

ganhar a dimensão maior de direito síntese dos grupos de direitos individuais, sociais, econômicos e Políticos, sendo, portanto, a própria razão de ser dos Direitos Humanos (*Direito constitucional*. Belo Horizonte: Livraria Mandamentos, 2000. t. 1, p. 189).

A defesa do direito à dignidade da pessoa humana, sem nenhum óbice ou limitação, está no cerne dos demais direitos e garantias fundamentais, porquanto a proteção conferida pelo Estado à integridade física e moral de seus cidadãos, ainda que concretizada em casos individuais e específicos, apresenta reflexo em toda a coletividade. A inviolabilidade da dignidade da pessoa humana não se trata de um direito meramente individual, mas de exigência para que o Estado cumpra uma de suas funções constitucionais (CF, art. 1º, inc. III), devendo o ente público trabalhar permanentemente para a consecução deste fim.

Tanto que o Estatuto do Idoso – Lei n. 10.741/2003 – traz expressamente:

Art. 4º Nenhum idoso será objeto de qualquer tipo de negligência, discriminação, violência, crueldade ou opressão, e todo atentado aos seus direitos, por ação ou omissão, será punido na forma da lei.

§ 1º É dever de todos prevenir a ameaça ou violação aos direitos do idoso.

[...]

Art. 9º É obrigação do Estado, garantir à pessoa idosa a proteção à vida e à saúde, mediante efetivação de políticas sociais públicas que permitam um envelhecimento saudável e em condições de dignidade.

[...]

Art. 43. As medidas de proteção ao idoso são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados:

I – por ação ou omissão da sociedade ou do Estado;

II – por falta, omissão ou abuso da família, curador ou entidade de atendimento;

III – em razão de sua condição pessoal.

[...]

Art. 45. Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 43, o Ministério Público ou o Poder Judiciário, a requerimento daquele, poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas:

I – encaminhamento à família ou curador, mediante termo de responsabilidade;

II – orientação, apoio e acompanhamento temporários;

III – requisição para tratamento de sua saúde, em regime ambulatorial, hospitalar ou domiciliar;

IV – inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a usuários dependentes de drogas lícitas ou ilícitas, ao próprio idoso ou à pessoa de sua convivência que lhe cause perturbação;

V – abrigo em entidade;

VI – abrigo temporário.

[...]

Art. 73. As funções do Ministério Público, previstas nesta Lei, serão exercidas nos termos da respectiva Lei Orgânica.

Art. 74. *Compete ao Ministério Público:*

I – *instaurar o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção dos direitos e interesses difusos ou coletivos, individuais indisponíveis e individuais homogêneos do idoso;*

II – promover e acompanhar as ações de alimentos, de interdição total ou parcial, de designação de curador especial, em circunstâncias que justifiquem a medida e officiar em todos os feitos em que se discutam os direitos de idosos em condições de risco;

III – *atuar como substituto processual do idoso em situação de risco, conforme o disposto no art. 43 desta Lei;*

IV – promover a revogação de instrumento procuratório do idoso, nas hipóteses previstas no art. 43 desta Lei, quando necessário ou o interesse público justificar;

V – instaurar procedimento administrativo e, para instruí-lo:

a) expedir notificações, colher depoimentos ou esclarecimentos e, em caso de não comparecimento injustificado da pessoa notificada, requisitar condução coercitiva, inclusive pela Polícia Civil ou Militar;

b) requisitar informações, exames, perícias e documentos de autoridades municipais, estaduais e federais, da administração direta e indireta, bem como promover inspeções e diligências investigatórias;

c) requisitar informações e documentos particulares de instituições privadas;

VI – instaurar sindicâncias, requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, para a apuração de ilícitos ou infrações às normas de proteção ao idoso;

VII – *zelar pelo efetivo respeito aos direitos e garantias legais assegurados ao idoso, promovendo as medidas judiciais e extrajudiciais cabíveis;*

VIII – inspecionar as entidades públicas e particulares de atendimento e os programas de que trata esta Lei, adotando de pronto as medidas administrativas ou judiciais necessárias à remoção de irregularidades porventura verificadas;

IX – requisitar força policial, bem como a colaboração dos serviços de saúde, educacionais e de assistência social, públicos, para o desempenho de suas atribuições;

X – referendar transações envolvendo interesses e direitos dos idosos previstos nesta Lei.

§ 1º *A legitimação do Ministério Público para as ações cíveis previstas neste artigo não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo dispuser a lei.*

§ 2º As atribuições constantes deste artigo não excluem outras, desde que compatíveis com a finalidade e atribuições do Ministério Público.

§ 3º O representante do Ministério Público, no exercício de suas funções, terá livre acesso a toda entidade de atendimento ao idoso.

[...]

Art. 81. Para as ações cíveis fundadas em interesses difusos, coletivos, individuais indisponíveis ou homogêneos, *consideram-se legitimados, concorrentemente*:

I – o Ministério Público;

II – a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;

III – a Ordem dos Advogados do Brasil;

IV – as associações legalmente constituídas há pelo menos 1 (um) ano e que incluam entre os fins institucionais a defesa dos interesses e direitos da pessoa idosa, dispensada a autorização da assembléia, se houver prévia autorização estatutária.

§ 1º Admitir-se-á litisconsórcio facultativo entre os Ministérios Públicos da União e dos Estados na defesa dos interesses e direitos de que cuida esta Lei.

§ 2º Em caso de desistência ou abandono da ação por associação legitimada, o Ministério Público ou outro legitimado deverá assumir a titularidade ativa.

Art. 82. *Para defesa dos interesses e direitos protegidos por esta Lei, são admissíveis todas as espécies de ação pertinentes.*

Parágrafo único. Contra atos ilegais ou abusivos de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições de Poder Público, que lesem direito líquido e certo previsto nesta Lei, caberá ação mandamental, que se regerá pelas normas da lei do mandado de segurança.

Art. 83. *Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não-fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao adimplemento.*

§ 1º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificadíssimo receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou após justificação prévia, na forma do art. 273 do Código de Processo Civil.

§ 2º O juiz poderá, na hipótese do § 1º ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente do pedido do autor, se for

suficiente ou compatível com a obrigação, fixando prazo razoável para o cumprimento do preceito.

§ 3º A multa só será exigível do réu após o trânsito em julgado da sentença favorável ao autor, mas será devida desde o dia em que se houver configurado.

[...]

Art. 89. *Qualquer pessoa poderá, e o servidor deverá, provocar a iniciativa do Ministério Público, prestando-lhe informações sobre os fatos que constituam objeto de ação civil e indicando-lhe os elementos de convicção.*

Art. 90. Os agentes públicos em geral, os juízes e tribunais, no exercício de suas funções, quando tiverem conhecimento de fatos que possam configurar crime de ação pública contra idoso ou ensejar a propositura de ação para sua defesa, devem encaminhar as peças pertinentes ao Ministério Público, para as providências cabíveis. (grifou-se)

Da análise da norma específica de proteção ao idoso tem-se a certeza de que não há nenhum requisito especial ou específico a ser cumprido ou verificado pelo Ministério Público, que não a ofensa aos direitos do idoso, para justificar a sua legitimidade para intentar a presente ação civil pública, a exemplo do que dispõem os arts. 74, I, VII e respectivo parágrafo 1º; 81, I; e 82, *caput*, que são perfeitamente aplicáveis no presente caso.

Destarte, presentes as prerrogativas institucionais do Ministério Público que autorizam e determinam a defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis (CF, art. 127), além da previsão expressa no Estatuto do Idoso, conforme acima explicitado, impõe-se o reconhecimento da legitimidade do *Parquet* para a execução de medidas concretas para efetivação desses direitos. Assim, não poderia essa nobre instituição manter-se alheia à situação apresentada.

Acerca do tema, os precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. LEGITIMIDADE.

1. Consoante entendimento preconizado por esta Corte, o Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública, com vistas à defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, na espécie a proteção do direito ao salário-mínimo dos servidores municipais. Precedentes.
2. Recurso conhecido e provido (REsp. n. 296905, rel. Min. Fernando Gonçalves).

PROCESSUAL CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – LEGITIMIDADE – MINISTÉRIO PÚBLICO – DIREITOS INDIVIDUAIS – AQUISIÇÃO DE LOTES – FINANCIAMENTO PERANTE A COHAB – LD.

O direito individual há que ser indisponível, a fim de dar ensejo à sua defesa pela via da ação civil pública (REsp. n. 171283, rel. Min. José Delgado).

E do Supremo Tribunal Federal, colhe-se o seguinte excerto:

II. – Certos direitos individuais homogêneos podem ser classificados como interesses ou direitos coletivos, ou identificar-se com interesses sociais e individuais indisponíveis. Nesses casos, a ação civil pública presta-se a defesa dos mesmos, legitimado o Ministério Público para a causa. C.F., art. 127, *caput*, e art. 129, III. (RE n. 195.056, rel. Min. Carlos Velloso).

E também desta Casa de Justiça:

Agravo de instrumento. *Ação Civil Pública*. Fornecimento gratuito de medicamento. *Idoso*. *Direito individual indisponível*. *Ministério Público*. *Legitimidade ativa ad causam*. *Lei Complementar n. 75/93 e Estatuto do Idoso*. Antecipação de tutela. Requisitos. Satisfação. Recurso desprovido.

A teor do artigo 74, I, da Lei n. 10.741/03, goza o Ministério Público de legitimidade para propor ação civil pública visando à

"proteção dos direitos e interesses difusos ou coletivos, individuais indisponíveis e individuais homogêneos do idoso".

A previsão legislativa em comento vem reforçar o preceito contido no artigo 6º, VII, c, da Lei Complementar n. 75/03, no mesmo sentido.

O Poder Público tem obrigação de zelar pela melhoria das condições de vida dos hipossuficientes, pela concretização da igualdade social e pela proteção, de forma ampla e irrestrita, do bem jurídico máximo inserido na *Lex Mater* (vida). Consoante dispõe o art. 196 da CF, reproduzido no art. 153 da CE, "*A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantida 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*". (Ap. Cív. n. 04.029927-6, rel. Des. Rui Fortes) (AI n. 2005.006460-7, Des. Pedro Manoel Abreu) (grifou-se).

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – DIREITO À SAÚDE – FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO IMPRESCINDÍVEL A PORTADOR DE DIABETES TIPO 2 – ILEGITIMIDADE ATIVA *AD CAUSAM* – HIPÓTESE REFUTADA – RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM PARA O PROSSEGUIMENTO DO FEITO – PROVIMENTO DO APELO.

Mutatis mutandis, "o Ministério Público tem legitimidade ativa para impetrar mandado de segurança com a finalidade de resguardar o direito à vida e à saúde de pessoas carentes de recursos econômicos. Pleito dessa magnitude tem inegável reflexo social e deve se sobrepor às questões meramente processuais.

"A missão constitucional do Ministério Público reclama uma interpretação extensiva dos dispositivos que regulamentam a sua atuação. Noutros termos, a função social dessa importante instituição deve ser ampliada e não estreitada por conta de óbices processuais e outras questões que não se afinam com as premissas inscritas na Lei Maior e com a realidade das necessidades sociais" (ACMS n. 2005.012922-6, da Capital) (Ap. Cív. n. 2006.018829-2, rel. Des. Francisco Oliveira Filho).

APELAÇÃO CÍVEL – PROCESSUAL CIVIL – FORNECIMENTO DE REMÉDIO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA AJUIZADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO – ILEGITIMIDADE ATIVA *AD CAUSAM* RECONHECIDA NO PRIMEIRO GRAU DE JURISDIÇÃO – PROTEÇÃO, NA ESPÉCIE, DE DIREITO INDIVIDUAL – SENTENÇA ANULADA – RECURSO PROVIDO.

“Analisando essas importantes funções do Ministério Público, o Ministro Sepúlveda Pertence afirmou que o legislador constituinte concedeu uma ‘titularidade genérica para promover medidas necessárias à proteção da vigência e da eficácia da Constituição’, e, mais adiante, comenta a introdução da legitimação para ‘uma proteção a patrimônio público’, concluindo que a Constituição introduziu ao Ministério Público ‘vigilância ativa com legitimação processual, sob a legalidade da administração’.

‘Essa atuação do Ministério Público visa adequar nosso ordenamento jurídico à tendência contemporânea de todo o Direito Constitucional universal, que é impedir, de todas as formas possíveis, o desrespeito sistemático às normas Constitucionais, que conduz à erosão da própria consciência constitucional’ (MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 2. ed. São Paulo: Atlas, p. 1.576).

“O Ministério Público tem legitimidade ativa para desencadear ação civil pública com a finalidade de resguardar direito à vida e à saúde, mesmo que afeto a uma ou mais pessoas identificadas. Pleito dessa magnitude tem inegável reflexo social e deve se sobrepor às questões meramente processuais” (Ap. Cív. n. 2005.024573-3, de Chapecó) (Ap. Cív. n. 2006.014819-5, rel. Des. Rui Fortes).

AGRAVO DE INSTRUMENTO – ART 2º DA LEI N. 8.437/92 – EM RAZÃO DA URGÊNCIA PODE SER DEFERIDA A LIMINAR SEM A OUVIDA DA PARTE CONTRÁRIA.

Não há violação ao disposto no art. 2º da Lei n. 8.437/92, quando a concessão da liminar mostrar-se extremamente urgente e os bens ameaçados forem de difícil reparação.

AÇÃO CIVIL PÚBLICA – FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS – LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

O membro do Ministério Público não visa proteger apenas um interesse particular e individualizado, porquanto pretende assegurar medicamentos a todas as pessoas portadoras de doença que residam na comarca e que detenham receituário médico. Visa, portanto, a proteção de direitos individuais indisponíveis, dando margem à propositura de ação civil pública.

AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – MEDICAMENTO – DEFERIMENTO DE LIMINAR – FUMUS BONI JURIS E PERICULUM IN MORA CARACTERIZADOS – DESPROVIMENTO DO RECURSO.

O atestado, receituários médicos e os exames clínicos, trazidos aos autos pelo agravado, não obstante serem prova unilateral, são suficientes para formar um juízo de convencimento acerca dos pressupostos exigíveis à concessão da medida liminar, quais sejam: *fumus boni juris e periculum in mora* (AI n. 2006.004329-7, rel. Des. Orli Rodrigues) (grifo nosso).

Nesse caso, em face da imperatividade do direito à dignidade da pessoa humana, percebida em seu reflexo social, e sua superioridade em contraste a questões meramente processuais, deve-se aceitar o procedimento adotado pelo *Parquet* como adequado a alcançar o pleito pretendido, pois "o que interessa ao direito processual de hoje é uma resolução justa e imparcial; a utilização das normas de procedimento não deve ser um obstáculo no caminho da pronta realização do verdadeiro direito (Derecho Processual Civil, 1950, p. 21)" (AI n. 96.005930-0, rel. Des. Pedro Manoel Abreu).

Dos excertos transcritos, conclui-se que o pensamento moderno acerca da ação civil pública preconiza que esta não se presta unicamente à defesa de interesses coletivos, mas também de interesses individuais que se enquadram nas disposições do art. 127 da Constituição Federal. Noutros termos, a ação civil pública tem por escopo a defesa das garantias e dos

direitos constitucionais que interessam a toda a coletividade, mesmo que concernente a pessoa ou pessoas identificadas.

A questão sobre a restrição do campo de atuação dos advogados é estranha ao deslinde da questão. Trata-se de opção do legislador, portanto, decisão sobre o implemento de políticas públicas determinadas pela Lei Maior com a finalidade de arregimentar todas as forças operadoras do direito para a consecução desse relevante objetivo.

Demais disso, é absolutamente improvável que a determinação legal tenha o condão de interferir no mercado de trabalho dos advogados. É um campo sabidamente desinteressante para aqueles que honradamente vivem de honorários, além de que continuam os causídicos com legitimidade plena para representar concorrentemente os idosos desrespeitados em suas garantias constitucionais.

2. Ante o exposto, dou provimento ao recurso para reformar a decisão que indeferiu a petição inicial e determinar o recebimento desta, com o regular prosseguimento da ação civil pública.

DECISÃO

Nos termos do voto do Relator, por votação unânime, deram provimento ao recurso.

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Rui Fortes e Cesar Abreu. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. André Carvalho.

Florianópolis, 22 de maio de 2007.

Luiz César Medeiros
PRESIDENTE E RELATOR

CÂMARAS CRIMINAIS REUNIDAS

INDIGNIDADE PARA O OFICIALATO

Indignidade para o Oficialato n. 2006.011400-8, da Capital

Relator: Des. Subst. Carstens Köhler

CONSELHO DE JUSTIFICAÇÃO – ALEGADA NULIDADE DO PROCEDIMENTO – INVIABILIDADE DA ACOLHIDA DAS APONTADAS MÁCULAS – 1. INEXISTÊNCIA DE PREJUDICIALIDADE DO PRESENTE JULGAMENTO EM FACE DE AÇÃO CÍVEL EM ANDAMENTO – HIPÓTESE NÃO CONTEMPLADA NA LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA – 2. EXCESSO DE PRAZO JUSTIFICADO PELA COMPLEXIDADE ÍMPAR DO CASO EM APRECIÇÃO – NÃO DEMONSTRAÇÃO DO PREJUÍZO ADVINDO DA TARDANÇA – 3. NATUREZA ADMINISTRATIVA DO CONSELHO QUE TEM POR FINALIDADE AVALIAR A CONDIÇÃO MORAL DO OFICIAL PARA A CONTINUIDADE DE SUAS ATIVIDADES EM SEU POSTO E PATENTE – INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVA E CRIMINAL – 4. NÃO CONFIGURAÇÃO DE DUPLA OU TRIPLA PUNIÇÃO PELOS MESMOS FATOS – 5. IMPEDIMENTO DE UM DOS COMPONENTES DO ÓRGÃO DE JUSTIFICAÇÃO NÃO VERIFICADO – 6. PARTICIPAÇÃO DE OFICIAL SUBALTERNO AFASTADA PELA REPETIÇÃO DO ATO – 7. CERCEAMENTO DE DEFESA – IMPROCEDÊNCIA – 7.1. LIBELO ACUSATÓRIO QUE PREENCHE OS REQUISITOS LEGAIS, POR CONSTAR O RELATO MINUCIOSO DAS CONDUTAS QUE SÃO IMPUTADAS AO OFICIAL,

PERMITINDO A PLENITUDE DE DEFESA – 7.2. INVERSÃO DA ORDEM DA OITIVA DAS TESTEMUNHAS – PRERROGATIVA CONCEDIDA À DEFESA PARA A REINQUIRÇÃO DOS TESTIGOS – FACULDADE NÃO UTILIZADA – AUSÊNCIA DE PREJUÍZO – 7.3. ALMEJADO RECONHECIMENTO DA INADMISSIBILIDADE DE PROVAS ILÍCITAS – ILICITUDE VERIFICADA PELO CONSELHO DE JUSTIFICAÇÃO QUE DETERMINOU A SUA DESCONSIDERAÇÃO – NÃO UTILIZAÇÃO DOS ELEMENTOS APONTADOS NA ANÁLISE DOS FATOS ORA APURADOS – DESENTRANHAMENTO IMPERATIVO – 8. NÃO VERIFICAÇÃO DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA IGUALDADE E DA IMPARCIALIDADE POR PEDIDO, NÃO ATENDIDO, FORMULADO À DEFESA DO OFICIAL, COM O ÚNICO E EXCLUSIVO PROPÓSITO DE ORIENTAR OS QUESTIONAMENTOS QUE SERIAM FUTURAMENTE FORMULADOS – 9. INEXISTÊNCIA DE CERCEAMENTO PELA NEGATIVA DE CERTIDÃO REQUERIDA E FALSIDADE DA ALEGAÇÃO ACERCA DO SOBRESTAMENTO DO FEITO – AFIRMAÇÃO DO CONSELHO DE JUSTIFICAÇÃO IRRELEVANTE PARA O FIM ALMEJADO – PREFACIAIS AFASTADAS.

INDIGNIDADE PARA O OFICIALATO – EXISTÊNCIA DE ABUNDANTES ELEMENTOS DE CONVICÇÃO NO CADERNO PROCESSUAL QUE FORNECEM A CERTEZA MORAL NECESSÁRIA DE QUE O OFICIAL PROCEDEU INCORRETAMENTE NO DESEMPENHO DE SEU CARGO, TEVE CONDUCTA IRREGULAR E PRATICOU UMA DIVERSIDADE DE ATOS QUE AFETAM O PUNDONOR POLICIAL-MILITAR E O DECORO DA CLASSE – AGENTE QUE, DENTRE OUTRAS CONDUTAS, MANTINHA RELACIONAMENTO AMOROSO EXTRACONJUGAL COM PROPRIETÁRIA DE PROSTÍBULO, FINANCIAVA REFORMAS NO LOCAL ÀS CUSTAS DE VERBA PÚBLICA, COM O OFERECIMENTO DE CHEQUES-

CAUÇÃO DA INSTITUIÇÃO PARA A GARANTIA DE SUAS DÍVIDAS PARTICULARES, E CONTRAÍÁ OBRIGAÇÕES SUPERIORES ÀS SUAS POSSIBILIDADES FINANCEIRAS, FICANDO INADIMPLENTE – HIPÓTESES REVELADORAS DA AUSÊNCIA DE CAPACIDADE MORAL DO REQUERIDO PARA O OFICIALATO – INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 2º, INCISO I, ALÍNEAS A, B E C, C/C O ARTIGO 14, INCISO I, DA LEI N. 5.277/76 – PERDA DO POSTO E DA PATENTE QUE SE IMPÕE.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Indignidade para o Oficialato n. 2006.011400-8, da comarca da Capital, em que é requerente o Governador do Estado de Santa Catarina e requerido o 1º Tenente PM Lídio Ferraz de Deus:

ACORDAM, em Câmaras Criminais Reunidas, por votação unânime, afastar as preliminares e declarar a indignidade do Requerido para o oficialato, determinando a perda de seu posto e de sua patente. Custas na forma da lei.

RELATÓRIO

O Governador do Estado de Santa Catarina, Exmo. Sr. Luiz Henrique da Silveira, no uso da atribuição prevista no art. 3º da Lei n. 5.277/76, determinou, por meio do Ato n. 1.520, de 22-6-04, publicado no Diário Oficial do Estado n. 17.426, de 30-6-04, a constituição do Conselho de Justificação para apuração da capacidade moral do 1º Tenente PM Lídio Ferraz de Deus, pelos seguintes fatos assim descritos no libelo acusatório às fls. 418-420:

1. por má administração e gestão aos recursos públicos provenientes dos Convênios de Trânsito e de Radiopatrulha do município de Fraiburgo, deixando de cumprir o que preconiza a Portaria n.

226/PMSC/2002 e o Parecer n. 025/2002, do Processo n. COM 00/04868412, do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, que versa sobre a destinação dos recursos arrecadados dos Convênios de Trânsito;

2. por não confeccionar Balancetes dos Convênios de Trânsito e de Rádiopatrulha, propiciando o favorecimento a fraudes, a malversação de recursos públicos e dificultando a auditoria;

3. por desviar recursos dos Convênios de Trânsito e de Rádiopatrulha, para outros fins daqueles especificados em legislação, entre eles:

a) aquisição de 32 quadros de moldura e vidro;

b) aquisição de materiais de limpeza;

c) aquisição de 80 metros quadrados de piso entregues e utilizados na reforma do Espaço Homem Ltda. — ME, conhecido regionalmente como “Prostíbulo do Curvão”;

4. por deixar de cumprir ou fazer cumprir normas regulamentares na esfera de suas atribuições, permitindo que Policiais Militares utilizassem de Viatura Policial para levar materiais diversos em local incompatível com o decoro da classe (Espaço Homem Ltda. — ME, conhecido regionalmente como “Prostíbulo do Curvão”);

5. por trabalhar mal na função de Comandante do Pelotão de Fraiburgo;

6. por contrair dívidas superiores as suas possibilidades, deixando de saldar estes compromissos de ordem moral ou pecuniária;

7. por usar Viatura Policial Militar para fins particulares;

8. por freqüentar local incompatível com o decoro da classe;

9. por expedir documentos para outros fins (assinar cheques do Convênio de Trânsito e dá-los em caução), não sendo atribuição sua perante a Prefeitura Municipal de Fraiburgo, tais como:

a) aquisição de um veículo VW Golf, ano 1995, Placas BAY 6699, “presentado” a Srta. Adriana Karpinski de Gois, proprietária do Espaço Homem Ltda. — ME, conhecido regionalmente como “Prostíbulo do Curvão”, através da emissão de cheques em caução;

b) aquisição de materiais de construção na Loja Rio Verde, destinados ao Espaço Homem Ltda. — ME, conhecido regionalmente como “Prostíbulo do Curvão”, através da emissão de cheques em caução;

10. por expedir documentos (cheques de Convênio de Trânsito e de Radiopatrulha), sem o devido provimento de fundos;

11. por fornecer materiais de construção para serem utilizados na reforma do Espaço Homem Ltda. — ME, conhecido regionalmente como “Prostíbulo do Curvão”, favorecendo e contribuindo para a prática da prostituição, não adotando as medidas legais que seriam pertinentes a um Oficial da Polícia Militar e investido na função de Comandante de Unidade;

12. por abusar do uso de telefone funcional para tratar de assuntos pessoais, contrariando normas da Corporação, conforme apresentado na transcrição das fitas cassetes inclusa no PAD n° 016/3° BPM/2003;

13. por prestar informações privilegiadas a terceiros, sobre operações a serem desencadeadas na região (batidas policiais em casas de prostituição).

Devidamente recebido o libelo acusatório (fl. 420), foi o requerido interrogado às fls. 421-424, e apresentou sua defesa prévia às fls. 429-432, alegando, em síntese, que: a) a solicitação da instauração do Conselho de Justificação foi encaminhada diretamente ao Secretário de Administração do Estado, quando deveria ter sido dirigida ao Secretário de Segurança Pública e Defesa do Cidadão; b) é simpatizante do ex-Governador Esperidião Amim Helou Filho e de outras autoridades, e que existe perseguição política na denúncia que deu motivo à instauração do inquérito policial militar contra si; c) os recursos públicos foram devidamente utilizados na sua administração; d) não realizou a confecção dos balancetes devidos por falta de documentação; e) não desviou nenhum recurso público em seu favor; f) o item 4 não descreve a norma regulamentar violada, sendo genérica a imputação que lhe é atribuída em relação a esse item e também aos de n. 5, 6, 7 e 8, o que não permite a plenitude de defesa; g) não tra-

balhou mal na função de Comandante do Pelotão de Fraiburgo; h) quanto às dívidas contraídas, tinha condições de pagá-las, e não saldou os créditos em face da crise enfrentada na PMSC; i) nunca usou viatura policial para fins particulares; j) nunca esteve em local incompatível e que o libelo é genérico, pois não descreve de forma precisa o tempo e o espaço; k) era sua atribuição assinar os cheques do Convênio de Trânsito e Radiopatrulha; l) comprou materiais para Adriana Góis, mas não era ele quem os entregava, e que o local possuía todos os alvarás de funcionamento; m) não foram descritos o telefone funcional usado, o tempo de sua utilização, nem o período em que foi utilizado; e n) nunca prestou nenhuma informação privilegiada em razão de seu cargo.

Requeru ao final a realização de várias diligências, colacionando os documentos de fls. 433-435.

À fl. 445, o requerido aditou sua defesa prévia para a correção do item n. 11.

Processado o feito, o Conselho de Justificação, em sua 36ª Reunião (Ata à fl. 3.514), apresentou o competente Relatório às fls. 3.515-3.633, cuja conclusão ficou assim consignada:

Ante o exposto e após a análise minuciosa dos fatos e das provas que dos autos constam, deliberando em sessão secreta, conforme a Ata da 36ª Reunião do Conselho de Justificação, os membros do Conselho decidem por descaracterizar os itens “4”, “12” e “13” do Libelo Acusatório (fls. 419 e 420), em razão [de] não ficar cristalina a participação ou conluio do Acusado ou de policiais militares nos supostos fatos.

Entendem, ainda, que o Acusado, tendo cometido os fatos, conforme foi sobejamente demonstrado nos autos do presente Conselho, feriu os preceitos éticos inerentes aos Policiais Militares, previstos no art. 29 da Lei n. 6.218, de 10 de fevereiro de 1983 (Estatuto dos Policiais Militares de Santa Catarina), procedeu incorretamente no desempenho do cargo de Comandante do 3º Pelotão da 3ª Companhia do 6º Batalhão de Polícia Militar, com sede no município de

Fraiburgo, teve conduta irregular e praticou ato ofensivo à honra pessoal, ao pundonor policial-militar e ao decoro da classe.

Assim sendo, os membros do Conselho de Justificação concluem, por unanimidade de votos, que o Acusado, 1º Tenente PM Matrícula 910827-0 LÍDIO JOÃO FERRAZ DE DEUS, atualmente lotado no 3º Batalhão de Polícia Militar, sediado em Canoinhas, é culpado das acusações que lhe foram feitas (fls. 3.632-3.633).

Encaminhado o processo ao Exmo. Governador do Estado de Santa Catarina, nos termos do § 4º da Lei n. 5.277/76, sobreveio a decisão de fls. 3.641-3.642, na qual o Chefe do Executivo Estadual concordou com o relatório apresentado, determinando a remessa dos autos a este Areópago Estadual, com fundamento no art. 12 do supracitado Diploma Legal, a fim de submeter o requerido a julgamento acerca da perda do posto e da patente, por declaração de indignidade ou incompatibilidade ao oficialato.

À fl. 3.658, o eminente Desembargador Sérgio Paladino determinou a intimação pessoal do Oficial para que se manifestasse no prazo de 5 (cinco) dias. Aportou nesta Corte Estadual o petitório de fls. 3.664-3.709, no qual o requerido defende, preliminarmente: a) que deve ser determinada a suspensão do julgamento do presente feito em razão da interposição, no juízo cível, de ação ordinária de anulação do processo do Conselho de Justificação – Autos n. 023.05.041858-3 –, com a conseqüente declaração de nulidade do referido processo; b) excesso de prazo abusivo na conclusão dos trabalhos do Conselho de Justificação; c) ilegalidade e abuso de poder na instalação do Conselho de Justificação para apuração dos fatos antes de sua análise na esfera criminal, contrariando disposições legais expressas constantes no Estatuto e no Regulamento Disciplinar da PMSC; d) ausência de justa causa para a instauração do Conselho de Justificação, já que fora punido anteriormente pelos mesmos fatos, sendo vedada dupla ou tripla punição; e) nulidade do processo do Conselho de Justificação, a um, em face do impedimento de um dos seus componentes, que já atuou em outras esferas administrativas; a dois, em razão da parti-

cipação de oficial subalterno; a três, em razão do cerceamento de defesa pela denúncia genérica e inepta, pela não-ouvida de testemunha arrolada pela defesa, pela inversão da ordem da oitiva dos testigos e pela ausência da juntada da solução da sindicância relacionada ao parecer de fls. 13-21; f) inadmissibilidade das provas ilícitas juntadas aos autos, uma vez que colhidas sem o crivo do contraditório e da ampla defesa; g) ofensa ao princípio da igualdade e da imparcialidade em relação à exigência contida na ata da 2ª Reunião do Conselho de Justificação; e h) cerceamento de defesa pela negativa de certidão requerida e falsidade da alegação acerca do sobrestamento de feito.

No mérito, defende, em síntese, que as acusações contra si formuladas derivam de perseguição político-partidária, rebatendo cada um dos itens listados no libelo acusatório, e reafirma que já foi punido pelos mesmos fatos que ora se apuram, motivo pelo qual requer, ao final, o acolhimento das preliminares ou, sucessivamente, sua absolvição ou a decretação de sua reforma proporcional.

Instado a se manifestar, o então ilustre Procurador-Geral de Justiça, doutor Pedro Sérgio Steil, opinou pelo saneamento do feito, com o desentranhamento dos documentos de fls. 300-357, 720-800, 1.287-1.344 e 2.639-2.698, bem como pela juntada da solução da sindicância instaurada anteriormente em desfavor do requerido, concluindo pelo afastamento das preliminares e pela declaração da indignidade do justificante para o oficialato, com a conseqüente decretação da perda de seu posto e de sua patente (fls. 3.714-3.755).

Deferido em parte o requerimento apresentado (fl. 3.757), foram anexados ao caderno processual os documentos de fls. 3.762 e 3.764-3.816, e foi facultada, pelo despacho de fl. 3.819, a manifestação do requerido e da d. Procuradoria-Geral de Justiça, que assim procederam, respec-

tivamente, às fls. 3.834-3.857 e 3.860-3.864, estando os autos prontos para julgamento.

VOTO

Ab initio, impende assinalar a desnecessidade do adiamento em face da renúncia noticiada na petição protocolizada sob o n. 000124, em 25-5-07, às 15h30min, porquanto na defesa do requerido, ao lado do advogado renunciante, Lauro José Ballock, também atuam em conjunto ou separadamente, segundo o instrumento de mandato de fl. 3.177, os defensores Mirella Giselle do Amaral de Oliveira – OAB/SC 16.844, Otávio Augusto Minotto – OAB/SC 19.758 e Sueli de Fátima Brand Bianco Pereira – OAB/SC 12.190, motivo pelo qual o suplicado continua contando, nada mais nada menos, com três defensores no processo.

E, se tanto não bastasse, o ilustre advogado Lauro José Ballock continua com a representação do suplicado por mais um decêndio, contado da data da comunicação ao demandado (25-5-07), segundo dispõe o art. 45 do Código Buzaid, aplicável subsidiariamente por força do art. 3º do CPP, regra também insculpida no art. 5º, § 3º, do Estatuto da OAB – Lei n. 8.906/04.

Na mesma alheta, *mutatis mutandis*, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, no HC n. 32.788, julgado em 25-5-04, sob a batuta do eminente Ministro Gilson Dipp, que assim está ementado:

PROCESSUAL PENAL. HC. PREFEITO. CRIME DE RESPONSABILIDADE. ACÓRDÃO CONFIRMATÓRIO DA CONDENAÇÃO. FALTA DE INTIMAÇÃO PESSOAL DO RÉU. PROVIDÊNCIA ORIENTADA PARA O JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. RENÚNCIA DO DEFENSOR AO MANDATO POSTERIOR À PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO. REPRESENTAÇÃO OBRIGATÓRIA DO MANDANTE POR DEZ DIAS APÓS A NOTIFICAÇÃO DO RÉU. EVENTUAIS RECURSOS PARA AS INSTÂNCIAS

SUPERIORES. INEXISTÊNCIA DE EFEITO SUSPENSIVO.
ORDEM DENEGADA.

Nos termos do art. 392 do CPP, exige-se intimação pessoal do réu somente de sentença condenatória de primeiro grau, não se vislumbrando qualquer irregularidade no tocante à intimação do acórdão confirmatório da condenação, pois, em segundo grau, a intimação é feita pela publicação das conclusões do *decisum* na imprensa oficial. Precedentes. Incumbe ao advogado que renuncia aos poderes do mandato a notificação ao mandante, não se aperfeiçoando a renúncia com a simples protocolização de petição, informando tal fato no processo.

O advogado que renuncia ao mandato deverá, por disposição legal, durante os dez dias posteriores à notificação do mandante, praticar todos os atos para o qual foi nomeado.

Evidenciado, *in casu*, que o defensor do paciente responsável pela causa não interpôs qualquer recurso, não se verifica nulidade a ser sanada.

É cediço que tanto o recurso especial quanto o extraordinário não têm, de regra, efeito suspensivo, razão pela qual a sua eventual interposição não tem o condão de impedir a imediata execução do julgado, com a expedição de mandado de prisão contra o réu para o início do cumprimento da pena.

A prisão atacada, em última análise, constitui-se em mero efeito da condenação, não se cogitando, entretanto, de qualquer violação ao Princípio Constitucional da Presunção de Inocência.

Ordem denegada.

Salta aos olhos até do mais desatento observador ser inviável o adiamento.

Trata-se o presente feito de julgamento oriundo do processo do Conselho de Justificação, instituído pelo Ato Governamental n. 1.520, o qual teve por finalidade avaliar a capacidade moral do 1º Tenente PM Lídio Ferraz de Deus, e compete a este Areópago Estadual, na forma estabelecida no art. 14 da Lei n. 5.277/76, estando provado que o referido oficial é

incapaz de permanecer na ativa, declarar sua indignidade ou incompatibilidade para o Oficialato, com a perda de seu posto e de sua patente, ou determinar a sua reforma.

Prefacialmente, antes de ingressar na análise do mérito da *quaestio*, há que apreciar as preliminares aventadas pelo justificante em sua defesa, as quais serão examinadas em tópicos próprios e na ordem estabelecida na peça de resistência.

1 Da prejudicialidade do julgamento pela interposição de ação cível de anulação do processo do Conselho de Justificação

Informa o requerido que ingressou com ação ordinária de anulação do processo do Conselho de Justificação *c/c* pedido de antecipação de tutela – Autos n. 023.05.041858-3 –, circunstância que, no seu entender, tem o condão de obstar o julgamento do presente feito.

A razão, todavia, não lhe favorece nesse ponto.

Isso porque, em primeiro lugar, o justificante não trouxe, quando o ônus lhe competia, fotocópia da petição inicial que alega ter ajuizado e dos documentos que a instruem, o que inviabiliza a perquirição da veracidade da informação trazida somente nesse momento processual, tampouco a sua relevância para o deslinde do julgamento. E não há falar que não fora atendido o requerimento de juntada do espelho do processo, uma vez que esse encargo competia à defesa, que não se desonerou de tal mister, embora tivesse feito menção, à fl. 3.664, de que a “Consulta de processos do 1º Grau” poderia ser verificada em cópia anexa, inexistente.

Se tanto não bastasse, vislumbra-se pelos próprios argumentos tecidos em relação à ação ordinária de anulação que esta visa desconstituir o processo oriundo do Conselho de Justificação, que é eivado, segundo se alega, de várias nulidades de forma – por exemplo: abuso de poder no desenvolvimento do procedimento instaurado, inversão da ordem de

ouvida das testemunhas, impedimento de membro do Conselho, dentre outras –, matérias que possuem nítido caráter processual, o que impede o reconhecimento da prejudicialidade almejada, conquanto o art. 122 do Código de Processo Penal Militar contemple como questão prejudicial apenas aquela que diga respeito a direito material, *in verbis*: “Sempre que o julgamento da questão de mérito *depende de decisão anterior de questão de direito material, a segunda será prejudicial da primeira*” (grifou-se).

Logo, é inviável o acolhimento da preliminar, uma vez que inexistente questão de direito material controvertida a justificar o sobrestamento do presente julgamento.

2 Da ilegalidade em face do excesso de prazo abusivo na conclusão dos trabalhos do Conselho de Justificação

Não se desconhece, por certo, o comando constitucional que assegura a todos, no âmbito judicial e administrativo, a duração razoável dos processos e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação, norma essa que foi erigida pela EC n. 45/2004 como direito fundamental – inciso LXXVIII do artigo 5º da “Carta da Primavera”.

Entretantes, embora se tenha claro que o prazo para a conclusão do Conselho de Justificação foi excedido em tempo não diminuto, já que teve início em 12 de julho de 2004 (fl. 1) e conclusão tão-somente em 27 de dezembro de 2006 (fls. 3.633-3.634), verifica-se que o procedimento se mostrou de uma complexidade ímpar, seja pelos vários fatos atribuídos ao requerido – libelo acusatório às fls. 418-420 –, seja pelas centenas de diligências realizadas, dentre as quais se incluem a ouvida de 68 (sessenta e oito) testemunhas, a expedição de 172 (cento e setenta e dois) ofícios, além da realização de 35 (trinta e cinco) reuniões para deliberações do Conselho de Justificação, conforme facilmente se vê da listagem pormenorizada às fls. 3.517-3.535 e do resumo à fl. 3.554, circunstâncias que, por si sós,

já seriam mais do que suficientes para cancelar a ampliação do tempo necessário para a conclusão das investigações.

Além disso, o requerido limitou-se em apontar o excesso de prazo sem fazer nenhuma referência, entretanto, ao(s) eventual(is) prejuízo(s) advindo(s) dessa justificada tardança, caso em que é de ser igualmente repelida a prefacial agitada, já que se trata de mera irregularidade.

Mutatis mutandis, colhe-se de julgado do Superior Tribunal Militar:

CONSELHO DE JUSTIFICAÇÃO – OFICIAL DA AERONÁUTICA SUBMETIDO A CONSELHO DE JUSTIFICAÇÃO, *EX OFFICIO*, FUNDANDO-SE O LIBELO ACUSATÓRIO NO ARTIGO SEGUNDO, INCISO I, LETRA C, DA LEI NÚMERO 5.836/72. *DEFESA SUSCITANDO, EM PRELIMINAR, A NULIFICAÇÃO DO FEITO POR INOBSERVÂNCIA DO PRAZO PARA REMESSA DOS AUTOS AO STM* E, NO MÉRITO, REQUERENDO A REFORMA DA DECISÃO MINISTERIAL COM O CONSEQÜENTE ARQUIVAMENTO DO PROCESSO. CONFIGURADO QUE O *RETARDAMENTO DA REMESSA DOS AUTOS PELO MINISTRO DA PASTA AO STM NÃO OCASIONOU PREJUÍZO À AMPLA DEFESA E MUITO MENOS INFLUÍU NA APURAÇÃO DA VERDADE SUBSTANCIAL, CONSTITUINDO-SE EM MERA IRREGULARIDADE, SEM POSSIBILIDADE DE VICIAR O CONSELHO DE JUSTIFICAÇÃO. PRECEDENTES DA CORTE*. PROVA ROBUSTA E COESA, A DEMONSTRAR QUE O JUSTIFICANTE PRATICOU ATOS QUE AFETAM SUA HONRA PESSOAL, O PUNDONOR MILITAR E O DECORO DA CLASSE. POR MAIORIA, REJEITADA A PRELIMINAR E, NO MÉRITO, POR UNANIMIDADE, JULGADO CULPADO O JUSTIFICANTE, SENDO, POR MAIORIA, DECLARADO INDIGNO DO OFICIALATO, DETERMINANDO-SE A PERDA DO SEU POSTO E PATENTE (Cjust n. 1994.01.000162-0, Min. Carlos de Almeida Baptista, j. 18-04-95 – grifo nosso).

3 Da ilegalidade e abuso de poder na instalação do Conselho de Justificação para apuração dos fatos antes de sua análise na esfera criminal

Não obstante os argumentos levantados na peça de resistência, o art. 1º da Lei n. 5.836/72 dispõe que o Conselho de Justificação tem por finalidade julgar a incapacidade do oficial das Forças Armadas para permanecer na ativa, criando-lhe ao mesmo tempo condições para se justificar. Tal dispositivo foi, no geral, reproduzido no art. 1º da Lei Estadual n. 5.277/76, que assim determina:

Os Conselhos de Justificação da Polícia Militar têm por finalidade apreciar em processo de rito sumário, nos casos previstos em Lei, a *capacidade moral do oficial da ativa, da reserva remunerada ou reformado, para permanecer na situação em que se encontra*, e possibilitar sua justificação quando acusado (destacou-se).

A simples leitura dos supracitados dispositivos é suficiente para que se conclua que o Conselho de Justificação possui natureza administrativa, uma vez que visa tão-somente avaliar a condição moral do oficial para a continuidade de suas atividades em seu posto e patente, de forma que não guarda nenhuma ligação com apuração de crime no desempenho de suas funções, cuja esfera de atribuição é outra.

Desse modo, chega-se à ilação de que essa preliminar também deve ser rechaçada, já que são independentes as esferas administrativa e criminal, consoante entendimento pacífico do Superior Tribunal Militar:

CONSELHO DE JUSTIFICAÇÃO. NATUREZA ADMINISTRATIVA. INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS PENAL E ADMINISTRATIVA. PRELIMINARES DE ARQUIVAMENTO DO FEITO. REJEIÇÃO. OFICIAL DECLARADO INDIGNO AO OFICIALATO. PERDA DO POSTO E DA PATENTE. 1. NATUREZA ADMINISTRATIVA DO CONSELHO DE JUSTIFICAÇÃO. *É pacífica a Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e desta Corte que o Conselho de Justificação é de natureza administrativa.*

2. INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS. *É consagrado no Direito Brasileiro a independência das instâncias. Assim sendo, um mesmo fato jurídico pode ter reflexos penais, administrativos e civis. Equivale a dizer que fatos que deram suporte a um determinado processo no Foro criminal podem, por sua natureza e circunstância, servir de subsídio a um julgamento administrativo, sem que isso represente um BIS IN IDEM. São instâncias autônomas. [...]* (Cjust n. 2004.01.000194-9, Min. Flávio de Oliveira Lencastre, j. 23-11-04, sem grifos no original).

4 Da ausência de justa causa para a instauração do Conselho de Justificação em face da dupla ou tripla punição do justificante

Como já se aduziu no item anterior, a finalidade do Conselho de Justificação não é impor penalidades em face da existência de infrações disciplinares ou de crimes, mas avaliar a capacidade moral do oficial para permanecer na situação em que se encontra.

Assim sendo, não há cogitar da possibilidade de dupla ou tripla punição pelos mesmos fatos, porquanto, repita-se, não se trata de expediente de âmbito punitivo, embora a conseqüência lógica da incapacidade eventualmente apurada possa ser a de declaração da indignidade ou incompatibilidade para o oficialato, com a perda do posto e da patente, ou a determinação de sua reforma.

Nessa linha de raciocínio, mais uma vez se socorre de precedente do Superior Tribunal Militar, que, julgando caso análogo em que a referida preliminar fora igualmente suscitada, consignou:

[...] Por fim, ainda como preliminar, aventa a *Defesa* “a impossibilidade de dupla punição administrativa”.

Nessa preliminar, insurge-se a diligente *Defesa* contra a presença, no *Libelo*, da segunda *Acusação*, “pela qual o Justificante foi punido com pena de quatro dias de detenção”.

Evidentemente, não se trata o *Conselho de Justificação* de uma expedição punitiva, mas sim, como indica a própria Lei n. 5.836/72,

de um processo especial, destinado a julgar “*da incapacidade do oficial das Forças Armadas – militar de carreira – para permanecer na ativa, criando-lhe, ao mesmo tempo, condições para se justificar*” (art. 1º) (Cjust n. 2002.01.000190-6, Min. Max Hoertel, j. 27-5-03 – destaques no original).

Pensar de maneira diversa do entendimento que se está a defender seria tornar morta a letra da lei, pois o oficial condenado por crime doloso a pena restritiva da liberdade individual até 2 (dois) anos, tão logo transitasse em julgado a sentença – artigo 2º, inciso IV, tanto da Lei n. 5.836/72 quanto da Lei n. 5.277/76 –, estaria automaticamente excluído do processo especial de justificação caso este tratasse de punição pelo fato delituoso anteriormente apurado em outra esfera de cognição.

Na verdade, o que se constata é que um único fato poderá, sim, gerar pena privativa da liberdade individual e, paralelamente, ser motivo para que a capacidade moral do oficial seja apurada, como determinam os artigos anteriormente citados, de sorte que não há conceber a idéia de dupla ou tripla punição, em face do caráter não punitivo que assume o presente processo.

Colocando uma pá de cal na *quaestio*, traz-se à colação excerto extraído da manifestação do então Chefe do Ministério Público catarinense, doutor Pedro Sérgio Steil:

Ora, ainda que tenha havido Processo Administrativo Disciplinar em face dos mesmos fatos apurados no Conselho de Justificação, não há que falar em dupla punição. Isso porque, embora sejam ambos de natureza administrativa, possuem destinações diversas. Enquanto o primeiro busca aplicar uma sanção administrativa em face da prática de infração disciplinar, o segundo visa averiguar a capacidade moral do oficial para permanecer ou não no exercício da função militar.

Dessa forma, o fato de ter o Justificante cumprido pena disciplinar em face das transgressões não implica necessariamente que tenha ele capacidade moral de permanecer no exercício da função militar,

de modo que o Processo Administrativo Disciplinar e o Conselho de Justificação, assim como este e eventual processo criminal, são absolutamente independentes (fl. 3.729).

5 Da nulidade do processo do Conselho de Justificação pelo impedimento de um dos seus componentes e pela participação de oficial subalterno

Alega a defesa que o Major Renato José Thiesen, o qual fora nomeado Presidente do Conselho de Justificação, encontrava-se impedido para o exercício de tal mister, uma vez que fora ele o auditor do Convênio de Radiopatrulha celebrado entre a Polícia Militar e a Prefeitura Municipal de Fraiburgo e “[...] não podia este oficial integrar o presente Conselho de Justificação, motivado pelas irregularidades apontadas na auditoria e que serviram como fundamento para a acusação [...]” (fl. 3.672), motivo pelo qual entende que devem ser anulados todos os atos praticados sob a presidência do referido oficial.

Razão, entretanto, não se encontra ao seu lado, pois, embora seja fato notório que o Major Renato realmente auxiliou na auditoria das contas dos convênios existentes entre a PMSC e o município de Fraiburgo, cuja presidência ficou a encargo do Coronel Sérgio de Bona Portão, conforme comprova o documento de fl. 2.430, tal circunstância não é prevista na legislação que regula o Conselho de Justificação como fato impeditivo ou gerador de suspeita, que impossibilitaria a sua nomeação para o referido Conselho.

Com efeito, segundo dispõe o art. 17 das Leis n. 5.836/72 e 5.277/76, o Código de Processo Penal Militar aplicar-se-á de maneira subsidiária às citadas leis, o que significa dizer que as disposições daquele têm lugar na falta de norma específica desses diplomas reguladores da constituição do Conselho de Justificação.

Ipso facto, verifica-se que o artigo 5º e incisos da Lei n. 5.277/76 vêm regulamentar as hipóteses das pessoas que não podem integrar o Conselho de Justificação, a saber: o oficial que formulou a acusação; os oficiais que tenham entre si, com o acusador ou com o acusado, parentesco, consangüíneo ou afim na linha reta, ou até quarto grau de consangüinidade colateral ou de natureza civil; e os oficiais subalternos.

In casu, o oficial que formulou a acusação contra o justificante foi o Coronel Antonio Alves da Silva Filho – à época Corregedor-Geral da Polícia Militar do Estado de Santa Catarina –, consoante se vê do ofício de fls. 7-9 endereçado ao Comandante-Geral da PMSC, Coronel Edson Ivan Morelli, o qual encaminhou requerimento ao Governador do Estado solicitando a designação de Conselho de Justificação para apuração da capacidade moral do ora requerido (fl. 5). Adite-se, por oportuno, que foi o próprio Comandante-Geral que recomendou o Major Renato José Thiesen para que integrasse a presidência do referido Conselho.

Diga-se, por conveniente, que a ausência da certidão que daria conta da participação do Major Renato na auditoria referida, ao contrário do que se sustenta, não gera a presunção de sua suspeição ou impedimento para o procedimento posterior, até porque, como já se asseverou, tal fato é incontroverso nos autos, nem mesmo foi negado pelo próprio Conselho de Justificação à fl. 3.553, no terceiro parágrafo do item 3.2.

Além disso, não se vislumbra a existência de nenhum parentesco entre os oficiais que integraram o Conselho de Justificação, seja entre si, seja com o acusador, tampouco com o justificante.

E, em relação à alegada nulidade do processo em razão da participação de oficial subalterno, vislumbra-se que não merece lograr êxito, já que a apontada irregularidade, que só se deu em uma única oportunidade, foi sanada por intermédio da decisão exarada na ata da 24ª Reunião do Conselho de Justificação (fl. 3.279), cujos componentes decidiram em anular

os atos realizados na data de 3-3-05, relativos à inquirição do justificante, na qual havia sido nomeado escrivão *ad hoc* o 2º Tenente Christian Matos Rosa.

Destarte, nenhuma nulidade há de ser declarada.

6 Do cerceamento de defesa e do contraditório

6.1 Da denúncia genérica e inepta

Sustenta o requerido que o libelo acusatório não preenche os requisitos legais, por não ter realizado o relato minucioso dos fatos que lhe são imputados.

Entrementes, uma análise criteriosa da peça tida por deficitária revela que ela, embora não contenha datas específicas – o que não poderia ser diferente, já que as condutas foram praticadas ao longo de um interregno de tempo, quando o Tenente Ferraz era o Comandante do Pelotão de Fraiburgo –, traz de maneira detalhada as condutas atribuídas ao requerido, as quais foram esquadrinhadas ao longo de treze tópicos, itens que lhe permitiram, desde o início do procedimento, a promoção de sua ampla e irrestrita defesa.

O próprio interrogatório do justificante, colhido às fls. 421-424, revela, de maneira insofismável, que os fatos descritos na peça acusatória permitiram que ele rebatesse as imputações que lhe foram atribuídas – práticas que, em tese, seriam suficientes para aferir sua incapacidade moral para a continuidade de suas atividades em seu posto e patente, e que não guardam nenhuma ligação com apuração de crime ou infração disciplinar no desempenho de suas funções, cujas esferas de atribuição são outras, autônomas –, tanto que discorreu sobre cada um dos treze itens de forma minudente, o que vem a denotar a improcedência da prefacial.

Ademais, não apontou o justificante em suas alegações quais as circunstâncias que não teriam sido minuciosamente delineadas; cingiu-se em afirmar de forma genérica e abstrata que “a acusação foi deficiente e omissa, causando empecilhos e graves prejuízos à defesa” (fl. 3.677), danos esses que não foram sequer expostos e comprovados, quando o encargo lhe competia.

6.2 Da não-ouvida de testemunha arrolada pela defesa e da falta de intimação de outros testigos

Consoante anotou a própria defesa à fl. 3.677, as testemunhas por si arroladas já foram devidamente ouvidas pelo Conselho de Justificação, de modo que está sanada a referida irregularidade apontada.

6.3 Da inversão da ordem da oitiva das testemunhas da acusação e da defesa

Consta na Ata da 6ª Reunião do Conselho de Justificação, datada de 28-7-04:

A Defesa apresentou protesto no sentido de que as testemunhas de defesa foram ouvidas antes das demais testemunhas. *Que o Presidente do Conselho de Justificação informou à Defesa que a mesma poderá solicitar a reinquirição de qualquer testemunha, garantindo a plenitude de defesa do Acusado* (fl. 2.808, grifo nosso).

A leitura até perfunctória do trecho citado revela que a plenitude de defesa foi assegurada ao justificante de maneira irrestrita, do início ao fim do procedimento, respeitando-se o comando constitucional trazido no inciso LV do artigo 5º da “Carta da Primavera”.

Se o requerido, todavia, fez a opção de não utilizá-la, preferindo não reinquirir as testemunhas defensivas que foram ouvidas, segundo afirma, antes das de acusação, não possui agora a prerrogativa de invocar a inversão

da ordem na oitiva dos referidos testigos, cuja suposta irregularidade poderia ter sido sanada com ato positivo da defesa, que, no entanto, silenciou.

Cercear significa, entre outras acepções, restringir, limitar, diminuir, o que definitivamente não se verificou no caso em comento em face da ampla oportunidade dada pelo Conselho de Justificação, a fim de que as provas fossem reproduzidas a critério da defesa.

Seja dito de passagem que, mesmo se fosse caso de reconhecer o alegado cerceamento, o que definitivamente não é, o justificante não indicou em uma linha sequer, de forma concreta, qual(is) o(s) prejuízo(s) advindo(s) da inversão na colhida da prova testemunhal, razão pela qual não há dar guarida à pretensão sustentada, sendo aplicável subsidiariamente o art. 499 do Código de Processo Penal Militar.

6.4 Da ausência da juntada da solução da Sindicância relacionada ao parecer de fls. 13-21

Diante dos argumentos defensivos, o ilustre Procurador-Geral de Justiça requereu à fl. 3.755 que fosse requisitada à autoridade competente a solução da sindicância ora apontada, o que foi deferido pelo despacho de fl. 3.757, e foi esta anexada ao caderno processual à fl. 3.762. Ato contínuo, foi facultada a manifestação do requerido e da douta Procuradoria-Geral de Justiça, que assim procederam, respectivamente, às fls. 3.834-3857 e 3.860-3.864, de modo que não persistiu a omissão aventada.

7 Da inadmissibilidade das provas ilícitas juntadas aos autos, colhidas sem o crivo do contraditório e da ampla defesa

Alega a defesa que diversas provas anexadas aos autos foram colhidas sem a participação do justificante, razão pela qual seriam ilícitas e não poderiam permanecer nos autos; aponta como tais os documentos de fls. 300-357, 720-800, 1.287-1.344 e 2.639-2.698, além de todos aqueles

colhidos no Procedimento Administrativo Disciplinar n. 16/3º BPM/03 e no Inquérito Policial Militar contra ele instaurado.

Em relação aos documentos constantes nas folhas supracitadas, vislumbra-se que o próprio Conselho de Justificação deliberou acerca deles em sua 33ª Reunião e decidiu, em data de 30-6-05, que as transcrições das fitas magnéticas de áudio colacionadas ao procedimento foram descaracterizadas, consoante se vislumbra do 9º quesito do 1º requerimento à fl. 3.407, motivo pelo qual inexistente a nulidade apontada.

Adite-se que a falta de desentranhamento dessas peças antes do presente julgamento não tem o condão de nulificar o procedimento do Conselho de Justificação, mormente em se levando em conta que a existência delas será desconsiderada por este Areópago Estadual, de forma que deve a medida de retirada dos documentos ser oportunamente levada a cabo.

De outra banda, no tocante ao Inquérito Policial Militar e ao consequente Processo Administrativo Disciplinar instaurados contra o Tenente Ferraz, peças que a defesa julga imprestáveis por serem ilícitas, entremostre-se que elas em nada feriram o direito fundamental do contraditório e da ampla defesa do justificante, pelos argumentos que se passa a enumerar:

Por primeiro, é sabido e ressabido que a natureza do inquérito policial é inquisitiva, o que significa dizer que não há contraditório, por se tratar de mera peça de informação, cujas provas ali produzidas poderão servir de fundamento para outro procedimento, no caso o Processo Administrativo Disciplinar, no qual é oportunizada a ampla e irrestrita defesa, ainda que de forma diferida.

Por segundo, o exame até perfunctório do Processo Administrativo Disciplinar n. 16/3º BPM/03, que teve início com o documento anexado às fls. 227-231 e que derivou do Inquérito Policial Militar antes mencionado, permite concluir que o Tenente Ferraz, diversamente do que sustenta a defesa, acompanhou-o de maneira muito próxima, participando de todo

seu desenrolar, apresentando defesa preliminar às fls. 233-234 e estando presente na oitiva das várias testemunhas (fls. 249-266), de forma que não há prosperar a tese de que essas provas seriam ilícitas pela ausência do requerido, que só não se encontrava no ato de ouvida da testemunha Adriana às fls. 267-270, porém lhe fora nomeado um defensor *ad hoc* para o acompanhamento da audiência.

Por terceiro e último, o justificante teve amplo acesso aos referidos documentos durante o longo tramitar do presente procedimento, com a oportunidade de contraditá-los, de arrolar testemunhas que já haviam sido antes ouvidas e de fazer qualquer requerimento de prova que achasse conveniente, como o fez em diversas ocasiões (como exemplo, *vide* fls. 430-432), de modo que não há falar em cerceamento de defesa, que de longe inexistiu.

Outro não foi o entendimento do ilustre Procurador-Geral de Justiça, doutor Pedro Sérgio Steil:

Quanto ao Processo Administrativo Disciplinar, não há qualquer dúvida que possa servir como meio de prova, uma vez que, desde a Constituição de 1988, o contraditório e a ampla defesa também são assegurados aos litigantes em processo administrativo, nos termos do seu art. 5º, LV.

No que tange ao Inquérito Policial, muito embora possua questionável eficácia probatória em face de sua natureza inquisitiva, não há dúvida que constitui peça informativa. Dessa forma, nada impede que a sua cópia permaneça integrando os Autos, uma vez que não se trata de prova ilícita, sendo, inclusive, hábil a influir na formação do livre convencimento do Juiz, ainda que não possa, por si só, fundamentar a decisão (fls. 3.734-3.735).

8 Da ofensa ao princípio da igualdade e da imparcialidade em relação à exigência contida na Ata da 2ª Reunião do Conselho de Justificação

Mais uma vez, razão não favorece ao justificante, pois, embora seja incontroverso que o Conselho de Justificação solicitou à Defesa que “fosse

informado qual o envolvimento e ou conhecimento que as testemunhas arroladas pela Defesa têm dos fatos que deram origem ao presente Conselho de Justificação, propiciando ao Conselho formular corretamente os questionamentos a estas testemunhas” (fl. 425), tal pedido não tem a mínima condição de nulificar o procedimento. A um, pois se tratou de uma simples solicitação, sem caráter vinculatório ou gerador de qualquer ônus; a dois, porque tal pedido teve o único e exclusivo propósito de orientar os questionamentos que seriam futuramente formulados; a três, porque, como destinatário da prova, o Conselho poderia até mesmo indeferir as que entendesse possuir caráter meramente procrastinatório; a quatro, porque a defesa não atendeu à solicitação do Conselho, apresentando somente o endereço/telefone das testemunhas, sem declinar a ligação destas com o requerido (fl. 446).

Destarte, o que se conclui é que o solicitado afigurou-se inócuo e não produziu nenhum prejuízo à defesa, de sorte que não há indício de ofensa aos princípios da igualdade e da imparcialidade.

9 Do cerceamento de defesa pela negativa de certidão requerida e falsidade da alegação acerca do sobrestamento do feito

Como já se aduziu no item n. 5, é fato incontroverso e asseverado pelo próprio Conselho de Justificação (fl. 3.553) a participação do Major Renato na auditoria das contas dos convênios existentes entre a PMSC e o município de Fraiburgo, cuja presidência ficou a encargo do Coronel Sérgio de Bona Portão (fl. 2.430), circunstância essa que não o torna suspeito ou impedido para sua integração como presidente do Conselho de Justificação, como já se fundamentou anteriormente.

Como corolário da presente constatação, não há falar em cerceamento de defesa em face da ausência da certidão requerida, a qual, enfatize-se, daria conta da não negada participação do Major Renato na auditoria mencionada, afigurando-se a medida, por certo, despropositada

e desnecessária para o fim buscado pela defesa, que era o de reconhecer que esse oficial encontrava-se impedido ou suspeito para participar do procedimento, matéria que já fora devidamente arredada.

Vale acrescentar que, se o justificante realmente acreditasse que o direito de obtenção de certidão do Poder Público – artigo 5º, inciso XXXIV, da “Carta da Primavera” – tivesse sido violado de forma ilegal, poderia ter ele ingressado com a medida judicial cabível, no caso o mandado de segurança, o que, entretanto, não se verificou, optando por requerer a nulidade pela ausência da certidão, que, repita-se, em nada modificaria o deslinde da *quaestio*.

Em outra alheta, sustenta o requerido que o Conselho de Justificação, para legitimar o excesso de prazo na conclusão do procedimento, afirmou de forma inverídica que o feito fora sobrestado no período compreendido entre 4-11-04 e 22-8-05, o que são, segundo alega, “apenas algumas manifestações evidentes da condução ilegal do Conselho pelo Presidente nomeado, que se julgava com poderes acima da lei” (fl. 3.682).

De fato, uma passada de olhos no caderno processual revela que o procedimento teve continuidade mesmo diante da deliberação realizada na 22ª Reunião do Conselho de Justificação (fl. 3.138), que sobresteve momentaneamente as atividades até que fosse emitido parecer pela Junta Médica sobre a situação do justificante, que foi recebido em 22-8-05 (fl. 3.433), e o requerido foi interrogado na data imediatamente posterior (fls. 3.440-3.451).

Como se percebe dessas informações, ainda que realmente as atividades do Conselho não tivessem sido totalmente paralisadas pela dúvida sobre o estado psicológico do justificante, não se pode chegar à ilação de que a deliberação acerca do sobrestamento impediu que alguma diligência pudesse ser realizada, até porque a defesa apresentou as competentes alegações finais (fls. 3.207-3.275) contraditando várias provas produzidas,

o que levou o Conselho de Justificação a acatar em parte as questões agitas, e deliberando na 24ª Reunião (fls. 3.279-3.280) pela ouvida de sete testemunhas, na busca unicamente da verdade real, propósito que sempre balizou os atos do Conselho.

Por esses argumentos é que se assenta a premissa de que a afirmação do Conselho de Justificação firmada na 22ª Reunião (fl. 3.138) é totalmente irrelevante para o fim almejado pelo requerido, que é o de reconhecer a ilegalidade do procedimento pelo excesso de prazo – matéria já tratada no item n. 2.

Ultrapassadas as preliminares, passa-se ao exame do mérito da demanda.

É atribuída ao Tenente PM Lídio Ferraz de Deus a prática de atos que, em tese, amoldam-se às alíneas *a*, *b* e *c* do inciso I do artigo 2º da Lei n. 5.277/76, por ter o Oficial procedido incorretamente no desempenho de seu cargo, tido conduta irregular e praticado ato que afete a honra pessoal, o pundonor policial-militar ou o decoro da classe, pelos fatos descritos no libelo acusatório de fls. 418-420.

Consigne-se, desde já, que na conclusão exarada às fls. 3.515-3.633 o Conselho de Justificação decidiu por descaracterizar os itens 4, 12 e 13 do libelo acusatório, motivo pelo qual o exame da *quaestio* restringir-se-á aos demais itens apontados na referida peça de acusação.

Com efeito, não obstante os laboriosos argumentos agitados pela combatente defesa, os elementos colacionados aos autos convergem para a mesma direção e apontam, sem sombra de dúvidas, que o proceder do justificante, quando desempenhava o cargo de Comandante do 3º Pelotão da 3ª Companhia do 6º Batalhão da Polícia Militar em Fraiburgo, feriu os preceitos éticos inerentes aos Policiais Militares, os quais têm assento neste Estado Catarinense no art. 29 da Lei n. 6.218/83, que assim dispõe:

Art. 29. O sentimento do dever, o pundonor policial-militar e decoro da classe impõe a cada um dos integrantes da Polícia Militar, conduta moral e profissional irrepreensível, com a observância dos seguintes preceitos de ética policial-militar:

I – Amar a verdade e a responsabilidade com fundamento da dignidade pessoal;

II – Exercer, com autoridade, eficiência e probidade às funções que lhe couberem em decorrência do cargo;

III – Respeitar a dignidade da pessoa humana;

IV – Cumprir e fazer cumprir as leis, os regulamentos, as instruções e as ordens das autoridades competentes;

V – Ser justo e imparcial no julgamento dos atos e na apreciação do mérito dos subordinados;

VI – Zelar pelo preparo próprio, moral, intelectual e físico, bem como pelos dos subordinados, tendo em vista o cumprimento da missão comum;

VII – Empregar as suas energias em benefício do serviço;

VIII – praticar a camaradagem e desenvolver, permanentemente, o espírito de cooperação;

IX – Ser discreto em suas atitudes, maneiras e em sua linguagem escrita e falada;

X – Abster-se de tratar, fora do âmbito apropriado, de matéria sigilosa de qualquer natureza;

XI – Acatar as autoridades civis;

XII – Cumprir seus deveres de cidadão;

XIII – Proceder de maneira ilibada na vida pública e na particular;

XIV – Observar as normas da boa educação;

XV – Garantir assistência moral e material ao seu lar e conduzir-se como chefe de família modelar;

XVI – Conduzir-se, mesmo fora do serviço ou na inatividade, de modo que não sejam prejudicados os princípios da disciplina, do respeito e o decoro policial-militar;

XVII – *Abster-se de fazer uso do posto ou da graduação para obter facilidades pessoais de qualquer natureza ou para encaminhar negócios particulares ou de terceiros;*

XVIII – Abster-se o policial-militar na inatividade do uso das designações hierárquicas quando:

- a) em atividades político-partidárias;
- b) em atividades comerciais;
- c) em atividades industriais;
- d) discutir ou provocar discussões pela imprensa a respeito de assuntos políticos ou policiais-militares, excetuando-se os de natureza exclusivamente técnica, se devidamente autorizados;
- e) no exercício de cargo ou função de natureza civil mesmo que seja da Administração Pública.

XIX – *Zelar pelo bom nome da Polícia Militar e de cada um de seus integrantes, obedecendo e fazendo obedecer aos preceitos de ética policial-militar* (destacou-se).

Comentando esse dispositivo balizador da conduta do Policial Militar, consignou o ilustre Procurador-Geral de Justiça à fl. 3.738:

Observa-se que a exigência de zelo pela moral do Policial Militar é muito mais aguçada que nas demais profissões, sobretudo pelo fato de que o ofício do Policial Militar é a manutenção da ordem pública, não havendo nada mais natural que se exija dele uma conduta ilibada e moralmente irrepreensível. Nesse aspecto, a ética policial-militar exige comportamento sério e correto, que respeite os princípios que norteiam a instituição, ainda que fora do serviço.

Feitas essas prefaciais constatações e visando ao esquadramento cabal do tema em julgamento, as provas serão esmiuçadas em forma de tópicos, buscando-se primar por uma linha ordenada de raciocínio, como se verá na seqüência.

Antes, contudo, de ingressar na farta prova produzida em desfavor do justificante, vale mencionar que o Tenente PM Lídio Ferraz de Deus possuía um passado honroso em sua vida funcional, contando ele com di-

versos elogios consignados em seus assentamentos, bem como com brasões e medalhas de mérito, todos em função de seu desempenho profissional, consoante comprova a sua ficha de conduta anexada à fl. 40.

No entanto, no comando do Pelotão de Fraiburgo, o referido oficial optou por alterar o rumo de sua até então ilibada carreira, passando a conduzir seus atos profissionais de maneira reprovável e antiética sociedade fraiburguense e seus próprios familiares: confundindo a importante função que desempenhava com sua vida particular, numa infeliz sucessão de fatos que ora serão levados em consideração no presente julgamento.

a) Do relacionamento amoroso do justificante com Adriana Karpinski de Gois e da sua conseqüente freqüência em local incompatível com o decoro da classe

É fato notório nos autos que o Tenente Ferraz, mesmo sendo casado e chefe de família, iniciou um relacionamento amoroso com Adriana Karpinski de Gois, que, por sua vez, era proprietária de um prostíbulo na cidade de Fraiburgo, denominado Espaço Homem Ltda., também conhecido como “Boate do Curvão”.

Tal relacionamento extraconjugal não foi negado pelo requerido em seu interrogatório colhido às fls. 421-424, no qual consta:

[...] que o acusado à época era namorado da Sra. Adriana [...] que sempre que a Sra. Adriana solicitava a presença do acusado, este ia até o local (Boate do Curvão) para apanhá-la e conduzi-la até o apartamento da mesma, localizado no centro da cidade de Fraiburgo; que isto não ocorria todos os dias, somente de vez em quando, geralmente duas a três vezes por semana; [...] que o relacionamento entre o acusado e a Sra. Adriana iniciou no mês de julho do ano de dois mil e dois (2002); que por volta do mês de novembro/dezembro do mesmo ano, começaram alguns desentendimentos, onde o depoente pegou sua família (esposa e filhos) e deslocou-se para o município de Maringá-PR, retornando uns quinze (15) dias após; [...].

Essa relação mantida entre o Tenente Ferraz e Adriana não era de modo algum velada; pelo contrário, era mantida às claras pelo Oficial – que efetuava compras para sua amante e freqüentava esse promíscuo estabelecimento, como se verá adiante –, circunstância que era até mesmo do conhecimento do Promotor de Justiça oficiante da comarca de origem, que em seu testemunho afirmou:

[...] que no dia posterior o Ten. Ferraz manteve contato telefônico com o depoente informando que mantinha um relacionamento amoroso com a Sra. Adriana, relacionamento este que não interferiria em nada no serviço Policial Militar que dovesse ser realizado; [...] que em uma oportunidade escutou também uma entrevista na rádio da cidade onde Ten. Ferraz confirmava seu relacionamento com a Sra. Adriana Karpinski, enaltecendo a figura de sua esposa em ter entendido e perdoado essa situação; [...] (fl. 2.953).

Diferentes não foram as declarações de Adriana Karpinski: “[...] que a depoente conheceu o Ten. Ferraz em janeiro de 2002, quando, já proprietária da boate Espaço Homem, ocorreu a batida policial citada anteriormente; que manteve um relacionamento com o Ten. Ferraz de julho a final de dezembro de 2002 [...]” (fl. 2.802).

Mantendo um relacionamento extraconjugal, ainda mais com uma proprietária de um prostíbulo, o justificante, na alta posição que ocupava na Municipalidade, não procedia de maneira ilibada em sua vida pública, tampouco na particular, nem se apresentava como chefe de família modelar, de modo que feria os preceitos éticos inseridos nos incisos XIII e XV do artigo 29 da Lei n. 6.218/83, já transcritos.

Se não fosse o bastante, como conseqüência lógica do seu nada discreto relacionamento extraconjugal, pode-se afirmar sem sombra de dúvidas que o Tenente Ferraz freqüentava o estabelecimento de propriedade de Adriana, o que pode ser comprovado pelo testemunho de Altamir João de Souza, pedreiro contratado para a reforma do referido prostíbulo, que assim mencionou:

Trabalha como pedreiro autônomo fazendo diversas obras atinentes à função, tendo trabalhado para a Srta. Adriana proprietária de um prostíbulo chamado Espaço Homem a [sic] muito tempo, sendo que a partir do mês de Dezembro de 2002, o Ten. Ferraz passou a conviver com a Srta. Adriana e também a gerenciar as reformas do prostíbulo; [...] Que as conduções do Ten. Ferraz até o mencionado bordel, eram efetuadas várias vezes por dia [...] que no final do mês de janeiro quando foi cobrar uma parte da mão de obra da referida Srta., o Ten. Ferraz estava fardado e sentado em uma mesa no interior da referida boate, isto por volta das 15 [sic] horas, o qual tomou o assunto e partiu em agressão contra o declarante através de socos e pontapés [...] (fl. 73).

O próprio Oficial afirma em seu interrogatório (fl. 422) e em sua defesa (fl. 3.652) que realmente agrediu a testemunha supracitada, o que revela a veracidade da assertiva de que o justificante de fato era frequentador do referido prostíbulo, ainda que não realizasse programas sexuais com outras mulheres que lá trabalhavam.

Para não deixar nenhuma dúvida, cita-se mais uma vez a proprietária da “Boate do Curvão”: “[...] que em uma oportunidade ocorreu uma discussão entre o Ten. Ferraz e o pedreiro que realizava serviços na boate; [...]” (fl. 2.805), gizando a frequência do requerido naquele promíscuo estabelecimento.

Em assim agindo, o requerido mais uma vez não respeitou o mínimo de decoro (compostura, decência, dignidade, nobreza etc.) em relação à sua classe, incidindo na hipótese prevista no artigo 2º, inciso I, alínea c, da Lei n. 5.277/76.

Além desses, muitos outros fatos podem ser imputados à conduta indigna do requerido, como facilmente se observará nos tópicos seguintes.

b) Da aquisição de um automóvel para Adriana com a utilização de cheques do Convênio de Trânsito dados como garantia da dívida

Vislumbra-se dos fartos elementos de convicção ora colacionados que o Tenente Ferraz, na ânsia de fortalecer o incontroverso relacionamento extraconjugal com Adriana, várias vezes ofereceu-lhe presentes, e um desses regalos foi nada menos do que um automóvel, o qual, todavia, foi adquirido com a utilização de cheques do Convênio de Trânsito, fornecidos pelo justificante como forma de garantia de sua dívida.

Esse fato também é notório nos autos e não foi negado pelo requerido, que confidenciou:

[...] que confirma as tratativas com o Sr. José Carlos Onze [Edson Cássio Onzi], vulgo Zeco, proprietário do Ferro Velho Cidadini, para aquisição do veículo VW Golf, ano 1995, placas BAY 6699, onde foram emitidos quatro cheques do convênio de Trânsito de Fraiburgo em caução, não recordando o acusado os valores dos mesmos; [...] (fl. 422).

Ademais, do relato minucioso do vendedor Edson Cássio Onzi, colhem-se os detalhes da transação:

[...] Que [há] aproximadamente 02 (dois) *meses vendeu um veículo marca Volkswagen tipo Golf de cor Bordô para o Ten. Ferraz pelo preço de R\$ 14.000,00 (Quatorze mil reais), sendo compartilhados [sic] em 06 vezes, através de cheques pré-datados*, sendo um cheque para o final de fevereiro e os demais consecutivamente a cada mês; Que para o negócio foi exigido pelo declarante o fornecimento de *cheques pré-datados, os quais não eram portados pelo Ten. Ferraz, porém o mesmo saiu e em seguida retornou com as tais folhas de cheques, sendo como fonte emitente a conta da Prefeitura Municipal de Fraiburgo/Convênio de Trânsito*; Que o declarante recebeu os cheques, observou a fonte emitente, porém para o mesmo, o que basta é ter o cheque como caução, não interessando de quem seja, desde que tenha boa procedência; Que o referido oficial alertou o declarante que *a cada vencimento, o mesmo deveria procurá-lo a fim de trocar o cheque por dinheiro*; Que estando no momento atrasado o pagamento de duas cédulas, procurou o Ten. Ferraz para o acerto das mesmas e como não

obteve resposta plausível, foi até o banco e depositou uma das mesmas; Que o referido veículo (Golf) foi presenteado à Srta. Adriana, gerente de um prostíbulo e namorada do Ten. Ferraz, porém logo após, foi trocado por um veículo tipo Gol, dizendo a Srta. Adriana, ser o anterior muito gastador; Que o declarante afirma estarem 4 (quatro) folhas de cheque em seu poder, tendo recebido um e depositado o outro no banco Itaú [...] (fl. 61, grifou-se).

Às fls. 3.067-3.068, o alienante do automóvel manteve sua versão, confirmando a venda a prazo em favor do Tenente Ferraz, o qual teria garantido sua dívida com cédulas em nome da Prefeitura Municipal de Fraiburgo.

E, para não restar nenhuma incerteza quanto ao oferecimento dos cheques-caução, conta-se ainda com a fotocópia de duas dessas cédulas oferecidas como garantia, e constam na de n. 000390 o carimbo referente à apresentação para depósito e o nome do favorecido, no caso a testemunha Edson (fl. 98).

Como se vê, não há nenhuma dúvida de que o justificante utilizou-se de cheques que detinha em seu poder em razão do cargo que desempenhava para, de forma ilícita, oferecer dinheiro público como garantia de uma obrigação particular que fez para beneficiar sua amante à época, pelo que praticou mais uma vez conduta irregular no desempenho de suas atribuições – alínea *b* do inciso I do artigo 2º da Lei n. 5.277/76.

Outrossim, não há prevalecer a tese de que não houve prejuízo e que, por essa razão, não estaria caracterizada a conduta desonrosa, porquanto, diversamente do que quer fazer crer o justificante, a primeira das cédulas fornecidas foi realmente depositada pelo sacador, consoante se vê da fl. 98 e dos depoimentos de fls. 61 e 3.067, o que significa dizer, em outras palavras, que a expressiva quantia de R\$ 2.180,00 (dois mil cento e oitenta reais) outra coisa não era senão verba pública originária do Convênio de

Trânsito que a Polícia Militar de Fraiburgo possuía com a Prefeitura dessa Municipalidade.

Adite-se que, ainda que nenhum dos outros cheques tivesse sido descontado ou depositado, o simples fato de se oferecer como garantia um bem público, no caso dinheiro do erário, por si só já é suficiente para revelar a conduta incompatível do Tenente Ferraz com sua classe e com a sociedade em geral, além de que tal proceder, em tese, afigura-se ato de improbidade administrativa, a ser apurada na seara própria.

Logo, a utilização de recursos públicos por parte do administrador para fins particulares, ainda que a título de caução, é ato vedado, consoante pormenorizou o próprio Secretário de Finanças da Prefeitura de Fraiburgo, Celso Rudeck:

[...] que o ordenador primário das contas convênio é o Prefeito Municipal; que por designação os gestores das contas podem assinar os cheques das despesa geradas; que *os gestores destas contas não podem em hipótese alguma utilizar estes cheques para transações particulares, tais como auferir empréstimos a terceiros ou dá-los em caução em alguma compra realizada* [...] (fl. 2.987, grifo nosso).

c) Do empréstimo pessoal realizado pelo justificante com o oferecimento de cheques-caução da Prefeitura de Fraiburgo

Dentre as diversas irregularidades que o Tenente Ferraz vinha praticando no Comando do Pelotão de Fraiburgo, pode-se destacar também a feitura de um empréstimo pessoal, no qual mais uma vez o requerido utilizou-se indevidamente dos cheques da Prefeitura que detinha em seu poder, dando-os em garantia da obrigação assumida, conforme comprova o depoimento de Cleosnir Severino Conte:

[...] Que no dia 23-03-03, foi procurado pelo Ten. Ferraz, o qual solicitou um empréstimo no valor de R\$ 1.000,00 (hum mil reais), cujo valor o declarante não tinha, mas forneceu R\$ 300,00 em dinheiro e R\$ 700,00 em cheque do Besc; Que para pagamento

foi fornecido posteriormente pelo Ten. Ferraz, dois cheques da Prefeitura Municipal de Fraiburgo/convênio PMSC Trânsito, de n. 000366 e 000367, nos valores de R\$ 300,00 e 700,00, respectivamente; Que as cártulas foram fornecidas em caução pelo promitente como garantia do pagamento, porém chegado o tempo do pagamento, não foi procurado pelo Ten. Ferraz e então depositou-os no Besc, os quais foram devolvidos por contra-ordem de pagamento, efetuado pela Prefeitura Municipal de Fraiburgo [...] Que recebeu os cheques da Prefeitura, pelo motivo de serem das mãos do Ten. Ferraz e crer ser lícita tal atitude [...] no mês de fevereiro fez outro empréstimo ao Ten. Ferraz e até o momento não foi saldada a dvida [...] (fl. 185).

Novamente ouvida pelo Conselho de Justificação, gizou a testemunha:

[...] confirma as declarações prestadas, informando ainda que o segundo empréstimo, no valor de R\$ 1.260,00 (hum mil duzentos e sessenta reais), também foi realizado em razão do Ten. Ferraz ter informado tratar-se de doença na família, segundo recorda a testemunha, de um princípio de infarto do pai do Tenente [...] a testemunha reconhece como sendo cópia dos cheques fornecidos pelo Ten. Ferraz como caução pelo primeiro empréstimo, cujos originais possui em seu poder [...] que os cheques foram entregues à testemunha pelo próprio Ten. Ferraz, alguns dias após ter realizado o empréstimo; que quando recebeu os cheques os mesmos já estavam preenchidos e assinados [...] que o Ten. Ferraz informou que posteriormente traria algo em garantia do empréstimo, comparando alguns dias após com as citadas folhas de cheques [...] (fls. 2.996-2.997).

De igual maneira, o então Prefeito de Fraiburgo, Edi Luiz de Lemos, comunicou ao Conselho de Justificação que tinha conhecimento da situação ora apresentada:

[...] Que recentemente foi comunicado pelo Sr. Cleosnir Conte, a existência de dois cheques do convênio de Trânsito sem provisão de fundos, na quantia de R\$ 300,00 e outro no valor de R\$ 700,00, os quais foram assinados e trocados em dinheiro pelo Ten. Ferraz, cujos cheques ficaram como caução de empréstimo [...] (fl. 107).

E, da mesma forma que se consignou no tópico anterior, é inviável o afastamento da responsabilidade do requerido em face da alegada ausência de prejuízo, uma vez que é vedada a utilização de dinheiro público para qualquer fim particular, aí se incluindo o seu oferecimento como instrumento garantidor de dívida contraída pelo administrador, sem a qual o negócio jurídico não se teria realizado.

Por esses motivos, novamente incorreu o justificante nas disposições estabelecidas no artigo 2º, inciso I, alíneas *a*, *b* e *c*, da Lei n. 5.277/76, comandos esses também infringidos em relação aos fatos que serão narrados no próximo tópico.

d) Da aquisição de materiais de construção, destinados à reforma do prostíbulo de Adriana, com cártulas da Prefeitura de Fraiburgo

Outra circunstância que não se tem a mínima dúvida no caderno processual é que o justificante realizou compras de materiais de construção, destinados a reformas do prostíbulo de sua namorada à época, e deixou para pagamento cheques da Prefeitura Municipal de Fraiburgo/Convênio de Trânsito, prática ilícita que se tornou um hábito na vida do Tenente Ferraz, que utilizava as cártulas cuja posse detinha para fins particulares, como comprovam os depoimentos de Gian Carlo Meister Burda, proprietário da Rio Verde Materiais de Construção:

[...] Que no mês de outubro ou novembro, vendeu para o Ten. Ferraz na quantia de aproximadamente R\$ 5.700,00 (cinco mil e setecentos reais), sendo pagos no mês de fevereiro, março e abril, sendo três pagamentos de R\$ 1.900,00 (hum mil e novecentos reais), havendo um ainda a ser pago no dia 28-04-03; Que os cheques foram fornecidos em caução e pertenciam à Prefeitura Municipal de Fraiburgo/Convênio de Trânsito, sendo o primeiro cheque provavelmente de n. 000387 com data para 28-02-03, o qual não [foi] saldado, e portanto depositado na agência bancária e recebido o valor correspondente [...] (fl. 69).

[...] que afirma que todos os cheques foram dados em caução relativos à compra efetuada; que referente ao cheque 000.387, até a data de 28 de fevereiro de 2003, quando fora acordado entre o depoente e o Ten. Ferraz, não realizou o pagamento do mesmo; que, como não conseguiu contato com o Ten. Ferraz, pois informaram que o Tenente ou estava viajando ou não se encontrava no momento, resolveu realizar o depósito do referido cheque, sendo este quitado devidamente; [...] que pode afirmar que inúmeras vezes materiais de construção foram entregues na boate Espaço [sic] Homem, pois era dado [sic] essa determinação pelo tem. [sic] Ferraz e recebidos no local da entrega; que os materiais sempre saíam em nome do Sr. Lídio João Ferraz de Deus, não recordando o depoente de materiais que saíram em nome da Polícia Militar e entregues em outro local; que o pagamento de todas as compras efetuadas pelo Sr. Lídio João Ferraz de Deus, entregues na boate Espaço [sic] Homem, foram efetuadas com cheques do Convênio de Trânsito, dados em caução para estas compras (fl. 2.971).

e) Da aquisição de pisos realizada em nome da Prefeitura Municipal de Fraiburgo/Convênio de Trânsito, que também tinham por destino o prostíbulo de Adriana

Já em relação aos pisos adquiridos na Loja Fraypisos, que tinham por destino a boate Espaço Homem, vislumbra-se que o justificante, embora não tenha emitido cheques como garantia da dívida contraída, fez pessoalmente a solicitação do referido material, porém em nome da Prefeitura Municipal de Fraiburgo/Convênio de Trânsito, consoante se verifica da nota fiscal anexada à fl. 2.855, numa clara revelação de que a dívida não seria por ele paga, mas, sim, pelo citado Convênio, ou seja, adimplida com verbas públicas.

Vejam-se, nesse sentido, as narrações de Divo João Cendron, proprietário da Loja Fraypisos:

É proprietário da loja de material de construções Fraypisos, onde foram vendidos aproximadamente 80 metros quadrados de pisos do tipo 38 X 38 de cor bordô, os quais foram entregues na boite

Espaço Homem nesta cidade, a pedido do Ten. Ferraz, com valores de R\$ 600,00 (seiscentos reais); Que as compras foram efetuadas em nome da Prefeitura Municipal de Fraiburgo/Convênio de Trânsito, porém não foram saldadas até este momento [...] (fl. 79).

Ouvido em mais uma ocasião, asseverou o testigo:

[...] que foi a primeira e única vez que a Polícia Militar realizou compras no estabelecimento comercial da testemunha; que quando da entrega do material, a testemunha deslocou-se de sua empresa, até o Pelotão da Polícia Militar de Fraiburgo, acreditando que os materiais seriam entregues nesse local; que o plantão do pelotão, não sabendo precisar o nome do policial militar, informou que a entrega deveria ser realizada na boate Espaço Homem; que acredita que o policial entrou em contato com o Ten. Ferraz para verificar o local correto da entrega dos materiais adquiridos; que quando da entrega dos materiais na boate, o Sd. Frigotto assinou a requisição de recebimento; que também encontrava-se neste local uma pessoa que acredita ser o pedreiro que tocava a obra; que após seu segundo depoimento, prestado no PAD 016/3º BPM/03, a testemunha procurou o Ten. Ferraz para quitação desse débito, não obtendo êxito; que afirma [que] até a presente data este débito ainda não foi quitado [...] que o depoente realizou a entrega da nota fiscal n. 000419, referente à aquisição de oitenta metros quadrados de piso Acro, no mesmo dia em que realizou a entrega do material na boate, ou seja, no dia 23 de janeiro de 2003, sendo a nota em nome da Prefeitura Municipal de Fraiburgo –Convênio de Trânsito; que a nota fiscal foi entregue, em mãos, do Sd. Frigotto, no mesmo local em que entregou os materiais; que a testemunha aguardou vencer os trinta dias constantes da nota fiscal, dando ainda mais alguns dias de prazo, findo os quais manteve contato telefônico com o Ten. Ferraz para cobrar o débito; que quando deste contato telefônico com o Ten. Ferraz, o mesmo não fez menção alguma sobre qualquer erro existente na nota fiscal emitida; que, após estes contatos, nenhum policial militar manteve contato com a testemunha; que após este primeiro contato com o Ten. Ferraz, o Tenente foi até a loja da testemunha, dizendo que iria saldar a dívida, porém não informou data; que quando do prestado pela testemunha no IPM 094/Correg/03, encontrando-se com o Ten. Ferraz pessoalmente, o Tenente disse novamente que iria saldar o débito, não informando novamente a data; que o Ten. Ferraz, nestes contatos com a testemunha, disse

que naquele momento não estava em condições de saldar a dívida, prometendo saldá-la posteriormente; [...] (fls. 2.832-2.833).

O próprio justificante não nega que adquiriu os oitenta metros quadrados de piso, cuja entrega realmente seria na boate de Adriana (fl. 422), porém afirma que fez a dívida em seu nome e que os cheques emitidos eram de propriedade de sua irmã, Rosana Ferraz de Deus; entretanto, não sabia quais eram os valores dos cheques ou o banco a que pertenciam. Além disso, a alegação de que a dívida teria sido feita em seu nome choca frontalmente com a 3ª via da nota fiscal juntada à fl. 2.855 e vai também de encontro ao depoimento antes mencionado.

Aliás, é oportuno gizar que o apontado equívoco na elaboração da nota fiscal em referência, qual seja o de que o documento deveria ter sido expedido em nome do Tenente Ferraz, em nada beneficia o requerido, já que a anotação constante na 2ª via não se encontra na 3ª via, quando deveria, o que vem a revelar que o apontamento foi realizado *a posteriori*, tanto que na cópia da mesma 2ª via, à fl. 97, não consta a referida consignação.

Para arrematar qualquer especulação acerca do tema, basta um simples passar de olhos no documento de fl. 96, que é uma requisição de compras e serviços do 3º Pelotão de Polícia, expedida para a aquisição dos 80 metros do piso, que foram destinados, disso não há dúvida, para o prostíbulo de Adriana, consoante confirmou o Soldado João Silva Frigotto às fls. 294-295 e 467, que fora o responsável, a pedido do próprio justificante, pelo recebimento do material no referido local.

Confirmando essa compra, disse o Prefeito de Fraiburgo, Edi Luiz de Lemos: “[...] sabendo também que o Ten. Ferraz usava de recursos do convênio para ampliar um prostíbulo da Srta. Adriana, inclusive mobiliando um apartamento para a referida Senhorita, com fundos do presente convênio [...]” (fl. 108).

O que se pode concluir do confronto dos depoimentos citados no item “d” retro e no presente tópico examinado é que o justificante, na importante posição que ocupava na sociedade fraiburguense, realizava diversos negócios particulares utilizando-se da autoridade do cargo que desempenhava, ora oferecendo bens públicos como garantia de suas não poucas dívidas, ora formalizando aquisições pessoais em nome do convênio firmado entre a Prefeitura de Fraiburgo e a Polícia Militar, motivo pelo qual se pode afirmar que ele não possui condição moral para a continuidade de suas atividades em seu posto e patente.

Diga-se, em arremate que como uma das conseqüências dessas condutas do justificante pode-se citar que a conta bancária do convênio foi negativada, tanto que muitos cheques expedidos foram recusados por insuficiência de fundos, conforme asseverou o Secretário de Finanças de Fraiburgo, Celso Rudeck (fl. 181):

[...] no mês de fevereiro o declarante foi comunicado pelo gerente do Besc, a existência de saldo negativo na conta convênio de radiopatrulha cujo saldo era na época R\$ 1.394,51 negativos; que então foi levado ao conhecimento do Sr. Edi Lemos, prefeito municipal, o qual decidiu por chamar o Ten. Ferraz e saber dos acontecimentos que levaram a essa decarota; que o referido oficial não soube esclarecer a situação das dívidas, no entanto decidiram que caso fosse repassado o valor de duas transferências, poderia pôr em dia a situação das aludidas contas públicas; que tendo o Ten. Ferraz um crédito junto a esta Prefeitura, foi então repassado o solicitado, porém as dívidas não foram saldadas a contento, chegando a esta prefeitura muitos cheques que não tinham saldo para cobri-los; que imediatamente, o declarante enviou um ofício ao Besc, determinando contra-ordem no pagamento dos cheques referentes a estas contas públicas até que se resolva os débitos e quem há de responder pelas contas em nome da Polícia Militar, tempo pela qual também não será repassado qualquer valor numerário para estas contas [...].

f) Da assunção de dívidas superiores às possibilidades financeiras do requerido

Um dos motivos que revelam a indignidade de um oficial para permanecer na ativa é, segundo o posicionamento adotado pelo Superior Tribunal Militar desde o milênio transato, a assunção de dívidas em valor superior às próprias possibilidades pessoais, se não confira-se:

CONSELHO DE JUSTIFICAÇÃO – LIBELO ACUSATÓRIO IMPUTANDO INADIMPLENTO DE OBRIGAÇÕES FINANCEIRAS E QUE VIERAM A SER AJUIZADAS BEM COMO OBTENÇÃO IRREGULAR DE CRÉDITO PESSOAL, PREJUDICANDO A UM GRADUADO. RAZÕES DE DEFESA ARGUINDO DUAS PRELIMINARES DE NULIDADES E, NO MÉRITO, PLEITEANDO SEJA O JUSTIFICANTE CONSIDERADO JUSTIFICADO. PROVAS DOCUMENTAL E ORAL CONFIGURANDO A CONDUTA IRREGULAR DO JUSTIFICANTE. ACOLHIDA, POR MAIORIA, PARCIALMENTE, UMA DAS PRELIMINARES, SENDO DESCONSIDERADO O SEGUNDO ITEM DO LIBELO ACUSATÓRIO. NO MÉRITO, POR UNANIMIDADE, CONSIDERADO CULPADO E, NA FORMA DO ARTIGO 11, INCISO X, DO RI/STM, DECLARADO INCAPAZ PARA O SERVIÇO ATIVO, SENDO DETERMINADO, EM CONSEQÜÊNCIA, A SUA REFORMA, EX VITO ARTIGO 16, INCISO II, DA LEI NÚMERO 5.836/72 (Cjust n. 1990.01.000142-6, Min. Haroldo Erichsen da Fonseca, j. 12-3-91).

Feita a consideração, passa-se à indicação das provas de que o justificante realmente assumiu dívidas superiores aos seus ganhos e, como corolário, não as adimpliu no tempo devido.

Nesse sentido, veja-se o testemunho de Marines Freitas de Camargo, proprietária da empresa Globo Digital:

[...] que das compras pessoais do Ten. Ferraz, a depoente afirma que há débito pendente na loja Fraiburgo, não podendo afirmar o valor, porém pode ser verificado pelo Conselho junto àquele estabelecimento [...] *que somente algum tempo após tomou conhecimento*

dos fatos, onde ocorreram os atrasos nos referidos pagamentos; que, como não era comum o Ten. Ferraz atrasar os pagamentos, somente perceberam e foram efetuar as devidas cobranças das dívidas quando o Ten. Ferraz já havia saído da cidade de Fraiburgo; que a depoente não sabe precisar com certeza em que época isso ocorreu; que a empresa manteve contato telefônico com o Ten. Ferraz, onde conjuntamente refizeram os cálculos, sendo emitido um boleto bancário nos valores totais da dívida (da Polícia Militar e pessoais do Ten. Ferraz), no valor aproximado de R\$ 2.000,00 (dois mil reais); que este boleto bancário foi encaminhado ao Ten. Ferraz, não tendo sido quitada a dívida até o presente momento; que fora colocado o valor total da dívida em um único boleto bancário em razão de o Ten. Ferraz ter afirmado, por telefone, que a dívida seria paga em sua totalidade por ele; que o Ten. De Paula manteve contato com a depoente, solicitando que fosse verificado no extrato bancário da empresa Globo Digital se havia um depósito no valor referente ao débito do Ten. Ferraz; que a depoente verificou todos os extratos bancários, não observando qualquer valor que fosse semelhante à dívida do referido Tenente [...] (fls. 2.961-2.962, grifou-se).

Gizando o que já havia dito em outras duas diferentes oportunidades (fls. 184 e 255-256), Nair Alves Brandt, proprietária da loja Edu, declarou:

que somente o Ten. Ferraz possuía cadastro na empresa da depoente; que a família do Ten. Ferraz comprava as mercadorias todas em nome do Oficial; que outras mulheres iam até sua loja, separavam mercadorias, e posteriormente, estas mercadorias eram apanhadas pelo Ten. Ferraz, permanecendo na conta deste; que a dívida de R\$ 2.273,35 (dois mil, duzentos e setenta e três reais e trinta e cinco centavos) ainda não foi saldada pelo Ten. Ferraz, permanecendo em aberto sem terem sido embutidos juros; que o Ten. Ferraz não deu nenhuma autorização formal para que as mulheres, que não eram da família do Ten. Ferraz, comprassem as mercadorias em seu nome; que as mulheres simplesmente efetuavam as compras, e solicitavam que as deixassem separadas, sendo posteriormente apanhadas pelo Ten. Ferraz; [...] que tentaram acordos com o Ten. Ferraz para saldar a dívida, antes da depoente prestar o primeiro depoimento no IPM 094/Correg/03; que após seu segundo depoimento, prestado no PAD 016/3BPM/03, o Ten. Ferraz já havia saído do município de Fraiburgo [...] que a dívida

referida já foi colocada em cartório para protesto [...] Que acha inadmissível a situação que ocorreu, pois vários policiais militares do município possuem cadastro em sua empresa e quitam suas dívidas regularmente. Que não havia como negar crédito ao Ten. Ferraz, principalmente em razão da posição que ocupava na cidade como Comandante do Pelotão da Polícia Militar. Que ficava muito difícil para a sua empresa negar esse crédito (fls. 2.967-2.968, destacou-se).

Discrepantes não foram as declarações de Deolino Zonta à fl. 2.982:

[...] que quanto as duas primeiras notas promissórias, assinadas pelo Ten. Ferraz, quando as compras foram efetuadas, foi informado ao Tenente que seriam emitidas em nome do próprio Tenente, pois a sra. Adriana não possuía crédito na loja do depoente; que o Ten. Ferraz aceitou as condições, assinando as referidas notas promissórias [...] que as compras do Ten. Ferraz eram feitas de forma particular, ficando todas no nome do Tenente; que a Polícia Militar não possui qualquer dívida no estabelecimento do depoente; que o Ten. Ferraz ainda está em débito nos valores referentes às notas promissórias acima citadas, pois se comprometeu com o depoente para quitá-las [...].

E da versão de Aldair Antônio Galvan, proprietário da empresa Jubilar Móveis:

[...] que afirma possuir os comprovantes de compra e notas promissórias assinadas pelo Ten. Ferraz, as quais encontram-se com uma agência de cobrança para ajuizamento; [...] que, do valor total do débito existente entre o Ten. Ferraz e o estabelecimento da testemunha, resta a pagar um valor total de 1.555,24 (um mil quinhentos e vinte e quatro [sic] reais e vinte e quatro centavos), conforme relatório extraído no dia 18 de agosto de 2004; que este valor total está acrescido dos devidos juros referentes ao saldo remanescente; que acredita ter sido mantido contato com o Ten. Ferraz para a quitação do débito [...] (fl. 3.000).

Não é demais lembrar, de igual forma, que o empréstimo pessoal realizado pelo requerido, o qual foi objeto de exame no tópico “c” do presente voto, não foi, como muitas outras dívidas, adimplido.

O Soldado João Silva Frigotto afirmou que “[...] freqüentemente atende telefonemas perguntando pelo Cmt, cujos motivos derivam-se de cobranças, como posto de gasolina e algumas lojas comerciais [...]” (fls. 111-112) e que “[...] recebia informações, via telefone, no Pelotão, sobre dívidas do Ten. Ferraz, algumas delas via telefone do Pelotão para o próprio depoente, e outras de Policiais Militares que traziam essas informações [...]” (fl. 468).

Além desses depoimentos, podem-se trazer à baila outras duas declarações, as quais dão conta da confusão patrimonial em que incorria o justificante, que ora se utilizava de cheques-caução dos convênios para transações particulares, como já mencionado, ora fazia requisições em nome da Polícia Militar, todavia com fins particulares. Confira-se, pois, o que disse Denis Emília dos Santos Tonietto à fl. 2.849:

[...] não sabe precisar a data, um funcionário da área de cobrança de seu estabelecimento, Sr. Claudionir Misturini, procurou o Ten. Ferraz, realizando um acerto para quitar o débito do Ten. Ferraz com seu estabelecimento comercial; que os valores referenciados nas notas promissórias acima citadas se referem ao valor total das notas de pedido de seu estabelecimento, incluindo aquela em nome do Ten. Ferraz e em nome da Polícia Militar; que não sabe afirmar se o Ten. Ferraz fez alguma distinção entre as dívidas em seu nome e aquelas em nome da Polícia Militar; que pode afirmar que nenhuma das notas promissórias foi paga pelo Ten. Ferraz até esta data; [...].

E Evandro Botega Maso, gerente do Supermercado Fraisão:

[...] que as vendas para a Polícia Militar sempre foram realizadas pelo Ten. Ferraz, o qual apanhava as mercadorias, sendo emitida a respectiva nota fiscal em nome do Pelotão da Polícia Militar; que o Ten. Ferraz também era cliente pessoal do supermercado; que todas as compras efetuadas pelo Ten. Ferraz, particularmente ou para a Polícia Militar, eram levadas pelo próprio Tenente, não recordando, a testemunha, de ter o estabelecimento levado alguma compra do Ten. Ferraz; que todas as compras para a Polícia Militar a testemunha tomava ciência e determinava que fosse a referida nota fiscal; [...] que informa que estão em aberto os pagamentos

das duas notas fiscais referenciadas no início do depoimento, nos valores de R\$ 460,47 (quatrocentos e sessenta reais e quarenta e sete centavos) e R\$ 361,21 (trezentos e sessenta e um reais e vinte e um centavos), débitos esses em nome de PMF – Convênio de Trânsito [...] a testemunha reconhece a presente nota promissória como sendo repassada no supermercado Fraisão, quando a sra. Suzana, a qual trabalhava em uma boate da cidade, realizou algumas compras, mas não possuía dinheiro para pagar, tendo o Ten. Ferraz assinado a nota promissória [...] (fl. 2.988).

g) Do uso da viatura para fins particulares e das refeições realizadas pela família do justificante no Batalhão

Embora existam indícios acerca desses fatos, os elementos colocados aos autos não são suficientes para revelar, com a certeza necessária, a concretude das imputações formuladas no libelo acusatório. Em relação às refeições, há depoimentos (fls. 461 e 2.811) de que a esposa do Tenente Ferraz cooperava na cozinha do Batalhão, bem como de que o justificante levava os gêneros alimentícios para serem preparados, geralmente nos finais de semana, quando ele convidava sua família para lá almoçar.

No tocante à utilização de viaturas militares para finalidades de cunho particular, vislumbra-se que as poucas provas coletadas não apontam de maneira judiciosa em quantas e quais oportunidades os veículos teriam sido utilizados para fins particulares, sendo por demais genéricas as narrações das testemunhas João de Souza (fls. 257-258 e 2.975) e José Jacir de Melo (fl. 477), motivo pelo qual, na dúvida, afastam-se as presentes acusações.

h) Da utilização de verbas públicas para fins particulares com a conseqüente insuficiência de fundos nas contas dos convênios

Quanto à má administração e gestão dos recursos públicos, temas sobre os quais alguns fatos já foram anteriormente trazidos à baila, colaciona-se a conclusão a que chegou o Conselho de Justificação, a qual prescinde de outras considerações por abranger exaustivamente o tema:

Inicialmente, o Acusado a partir do mês de julho de 2002, “[...] apresentou uma carta dirigida ao BESC, onde solicitava providências de serem homologados os cheques do convênio de trânsito e radiopatrulha, sem a assinatura do Sargento Aldair Marcondes [...]”, segundo depoimento prestado pelo próprio Sargento (fl. 120).

No município de Fraiburgo, diferentemente de outros locais no Estado, era o Comandante do Pelotão da Polícia Militar quem assinava os cheques para pagamento das despesas efetuadas com recursos dos Convênios de Trânsito e de Radiopatrulha, como afirmaram:

Sargento Aldair Marcondes — Perguntado se as assinaturas nos cheques pela Polícia Militar nas contas convênios, o depoente tem conhecimento de quanto tempo este fato vem ocorrendo, respondeu: “desde que passou a ser pelotão em junho de 1989” (fl. 263).

Edi Luiz de Lemos (Prefeito Municipal de Fraiburgo) — Perguntado a respeito dos motivos pelos quais o Ten. Ferraz assina os cheques dos convênios, “afirma ser de praxe este modo de assinatura desde a tempos, [...]” (fl. 107). Afirma ainda que “[...] a única instituição responsável pela movimentação das contas bancárias dos convênios era a Polícia Militar, pois a Prefeitura Municipal de Fraiburgo não conferia a movimentação bancária de tais contas [...]” (fl. 2.815).

Esta alteração no procedimento de assinatura dos cheques dos Convênios foi feita sem o conhecimento da Prefeitura Municipal pelo que se depreende dos depoimentos:

Celso Rudeck (Secretário de Finanças) — Perguntado se tem conhecimento do ofício n. 110/Comdo/2002, de 16-07-2002, onde o Ten. Ferraz solicita o cancelamento da 2ª titularidade e/ou assinatura do Sgt. Adair Marcondes, respondeu: “que o depoente somente veio a ter conhecimento do referido ofício depois do acontecido, [...]” (fls. 265). Cita ainda “[...] que endereçou [...] Ofício com cópia para o Sgt. Aldair Marcondes, pois até então a testemunha não tinha ciência de que o Ten. Ferraz assinava sozinho os cheques dos convênios, somente tomando ciência quando informado pelo Besc; [...]” (fls. 173, 174 e 2.986).

Edi Luiz de Lemos (Prefeito Municipal) — “[...] um outro motivo para a suspensão das contas, deu-se pelo fato de descobrirem somente o Ten. Ferraz assinava os cheques dos Convênios, quando é necessário no mínimo duas pessoas para assinar [...]” (fl. 2.815).

Vilmar Ozenil Silva (Contador da Prefeitura) — “[...] legalmente deve haver duas assinaturas nos cheques emitidos como pagamento de despesas dos ditos convênios; [...]” (fl. 2.966).

Além destas irregularidades, o Acusado expediu cártulas de cheque sem provisão de fundos, em caução para pagamento de despesas diversas daquelas previstas nos termos de Convênio firmados entre a Prefeitura Municipal e a Polícia Militar.

O Sargento Marcondes informou em seu depoimento “[...] que já ocorreu episódios onde um mesmo cheque foi expedido para saldar dívidas de mais de um fornecedor, fato este devidamente constado na prestação de contas; [...]” (fl. 463).

O Prefeito Municipal, Edi Luiz de Lemos, em seu depoimento, cita algumas irregularidades observadas:

“[...] No mês de fevereiro, o declarante foi procurado pelo Secretário de Finanças da Prefeitura e foi cientificado dos débitos e cheques sem fundos expedidos pelo Ten. Ferraz, [...]” (fl. 108).

“[...] o Sr. Celso Rudeck, secretário de finanças do município de Fraiburgo, informou a testemunha sobre o atraso dessas prestações de contas e sobre alguns cheques em nome dos Convênios que foram apresentados no Banco, tendo sido devolvidos por insuficiência de fundos; que a partir desta informação, a testemunha determinou a suspensão das contas bancárias referentes aos Convênios, a suspensão da emissão de blocos de cheques, bem como o não repasse de verbas para as contas dos Convênios; que a testemunha determinou ainda que fosse oficiado ao banco Besc, dando a orientação supracitada; que ficaria adotado tal procedimento até que fossem apresentadas as respectivas prestações de contas; que o Ten. Ferraz foi informado deste procedimento [...]” (fls. 175-2.814).

“[...] após determinar a suspensão das contas bancárias, a testemunha não autorizou qualquer depósito bancário nas referidas contas, quer seja da Prefeitura ou de terceiros; [...]” (fl. 2.814).

“[...] recentemente foi comunicado pelo Sr Cleosnir Conte, a existência de dois cheques do convênio de trânsito sem provisão de fundos, na quantia de R\$300,00 e outro no valor de R\$700,00, os quais foram assinados e trocados em dinheiro pelo Ten. Ferraz,

cujos cheques ficaram como caução de empréstimo, [...]” (fls. 107 e 198).

“[...] sabendo também que o Ten. Ferraz usava de recursos do convênio para ampliar um prostíbulo de propriedade da Srta. Adriana, inclusive mobiliando um apartamento para a referida senhorita, com fundos do presente convênio, estando atualmente devendo na loja Edju a quantia de aproximadamente R\$ 2.000,00; [...]” (fl. 108).

O Secretário Municipal de Finanças, Celso Rudeck, em seu depoimento, corrobora os depoimentos do Sr. Edi Luiz de Lemos, e cita algumas irregularidades observadas:

“[...] no mês de fevereiro o declarante foi comunicado pelo gerente do Besc, a existência de saldo negativo na conta do convênio de radiopatrulha cujo saldo era na época R\$ 1.394,51 negativos; que então, foi levado ao conhecimento do Sr. Edi Lemos, prefeito municipal, o qual decidiu por chamar o Ten. Ferraz e saber dos acontecimentos que levaram a essa decarrotagem; que o referido oficial não soube esclarecer a situação das dívidas, no entanto decidiram que caso fosse repassado o valor de duas transferências, poderia por em dia a situação das aludidas contas públicas; que tendo o Ten. Ferraz um crédito junto a esta Prefeitura, foi então repassado o solicitado, porém as dívidas não foram saldadas a contento, chegando a esta prefeitura muitos cheques que não tinham saldo para cobri-los; que imediatamente, o declarante enviou um ofício ao BESC, determinando contra-ordem no pagamento dos cheques referentes a estas contas públicas até que se resolva os débitos e quem há de responder pelas contas em nome da Polícia Militar; [...]” (fl. 181).

“[...] proposto pelo Prefeito Municipal o depósito, na conta convênio, de dois repasses no valor aproximado entre R\$ 19.000,00 (dezenove mil reais) e R\$20.000,00 (vinte mil reais); que o Ten. Ferraz informou que os problemas seriam resolvidos; que a preocupação do Prefeito Municipal era com o nome da Prefeitura Municipal, pois o CGC das referidas contas era o da Prefeitura; [...]” (fls. 196-2.986).

“[...] que a conta do convênio de radiopatrulha encontra-se com saldo negativo, porém o declarante fará o depósito a fim de cobrir este débito, a fim de que a Prefeitura não tenha seu nome manchado por estes inconvenientes [...]” (fl. 182).

“[...] o Ten. Ferraz, na tentativa de cobrir os débitos das contas, efetuava depósitos, porém irregulares” (fls. 181, 192, 196).

“[...] observou nos extratos [...], transferências de dinheiro para as contas dos convênios, realizadas de forma irregular, pois as transferências da Prefeitura Municipal apareceriam simplesmente no extrato com a expressão “crédito”; que através de informações da Sra. Norma Bianchi Gab, subgerente da agência do Besc de Fraiburgo, teve ciência que estes depósitos foram realizados pelo Ten. Ferraz” (fls. 192, 196, 2.985).

“[...] no Trânsito os valores são flutuantes, porém no convênio de radiopatrulha a transferência obedece os reajustes dos valores de combustíveis (gasolina), mas não são legais nem podem ocorrer outros ‘depósitos’ nestas contas, e os constados nos extratos são estranhos ao conhecimento do declarante; que o Ten. Ferraz, na tentativa de cobrir os débitos das contas, efetuava depósitos, porém irregulares” (fl. 181).

“[...] as contas antigas foram paralisadas e novas contas para os convênios foram abertas [...]” (fl. 265).

“[...] não foram devolvidos à testemunha os talonários de cheques das contas convênio n. 009.296-7 e n. 009.363-7, referentes aos convênios de Radiopatrulha e de Trânsito, conforme solicitado no Of. Gab. n. 110/2003, constante da fl. 174 dos autos do presente Conselho, não recebendo resposta do Ten. Ferraz do porquê da não devolução; [...]” (fl. 2.986).

O Acusado, além das irregularidades acima, emitiu cheques, a título de caução, a fim de pagar despesas não permitidas pela legislação em vigor. Os depoimentos a seguir corroboram esta afirmação.

[...] (fls. 3.611-3.616).

i) Da não-confecção dos balancetes

Outro fato imputado ao justificante no libelo acusatório é o de “[...] não confeccionar Balancetes dos Convênios de Trânsito e de radiopatrulha, propiciando o favorecimento a fraudes, a malversação de recursos públicos e dificultando a auditoria” (fl. 418).

Interrogado pelo Conselho de Justificação, o requerido não negou que deixou de confeccionar os balancetes dos meses de janeiro e fevereiro

de 2003 (fl. 421), sustentando em suas derradeiras alegações, entretanto, que “[...] tal fato, na medida em que não ficou demonstrado qualquer prejuízo financeiro à administração pública em razão de sua não elaboração, configura mera irregularidade e infração disciplinar” (fl. 3.690).

Contudo, diversamente do entendimento adotado pelo Ten. Ferraz, a ausência da confecção dos referidos balancetes, embora não tenha causado prejuízo de forma direta para os cofres públicos, já que se trata, em suma, de um relato pormenorizado dos créditos e gastos em um determinado período de tempo, causou evidente embaraço para a fiscalização das despesas realizadas nos meses de janeiro e fevereiro de 2003, o que significa dizer, por meio transversal, que nesse interregno poderia ter havido débitos extraordinários sem nenhum conhecimento por parte dos órgãos fiscalizatórios.

j) Outras considerações

Antes de se passar ao próximo tópico, em que será realizada uma conclusão sobre todos os fatos e elementos de prova colacionados aos autos, há que tecer algumas últimas considerações.

Em primeiro lugar, diversamente do que quer fazer crer o justificante, a alegada perseguição político-partidária não ficou revelada no caderno processual, quando o ônus da prova competia a ele, porquanto o requerimento de fls. 522-527, embora redigido em termos nada comedidos, por si só não é suficiente para revelar a referida perseguição, até porque tal documento serviu tão-somente para que a má administração do Tenente Ferraz viesse à tona, dando motivos para que os competentes procedimentos fossem instaurados. Mas daí a concluir que toda a apuração dos fatos imputados ao Oficial teria cunho persecutório é por demais desarrazoado, já que os elementos trazidos ao conhecimento mostram que muitos dos fatos contidos naquele petição foram confirmados pelo Conselho de Justificação, cuja atuação pautou-se na busca da verdade real e na amplitude de defesa oferecida ao justificante.

Por segundo, a questão relativa ao tema da impossibilidade da imposição de uma nova punição pelos mesmos fatos já foi apreciada por ocasião da preliminar n. 4, na qual se havia assentado que um único fato pode, sim, gerar pena restritiva da liberdade individual e, paralelamente, ser motivo para que a capacidade moral do oficial seja apurada, pelo que não há conceber a idéia de dupla ou tripla punição, em face do caráter não punitivo que assume o presente procedimento.

Por terceiro, todos os demais temas agitados pela defesa, que tem por característica uma fastidiosa repetição, ou já foram objeto de exame nas várias preliminares aventadas ou já foram debatidos na análise da prova, de modo que não há outras reflexões a fazer.

k) Conclusão

Diante de todos os argumentos vazados em epígrafe, chega-se à ilação de que as condutas do justificante no comando do Pelotão de Fraiburgo – uso indevido de verba pública, oferecimento de bem público como garantia de dívidas pessoais, assunção de obrigações superiores às suas possibilidades financeiras, não-confecção dos balancetes, dentre muitas outras – foram amplamente comprovadas pelo Conselho de Justificação, pelo que foi revelado de maneira iniludível que o 1º Tenente PM Lídio Ferraz de Deus agiu de maneira irregular, bem como procedeu incorretamente no exercício de suas funções e perpetrou condutas que afetam o pundonor policial-militar e o decoro da classe – artigo 2º, inciso I, alíneas *a*, *b* e *c*, da Lei n. 5.277/76 –, de modo que não tem capacidade moral para permanecer na ativa, motivo pelo qual outra solução não há senão declarar sua indignidade e a conseqüente perda de seu posto e patente, nos estritos termos do artigo 14, inciso I, do referido Diploma Legal.

Quanto à indignidade e sua conseqüência, colhe-se excerto do artigo intitulado “Conselho de Justificação e a representação para declaração de

indignidade”, de autoria do Gen. Ex. Everaldo de Oliveira Reis, Ministro aposentado do Superior Tribunal Militar:

A nosso ver, o que caracteriza a indignidade? O que caracteriza a incompatibilidade?

Não será indignidade, simplesmente, a violação do dever militar. Esta, na sua expressão mais simples, é a transgressão militar; na forma mais complexa caracteriza crime. E a prática do crime, como reconhece a própria Constituição, por si só, não configura indignidade. Em suma, indignidade não será sinônimo de crime, embora dele possa decorrer. Será, sem dúvida, uma posição mais tranqüila situar-se a indignidade como conseqüência daquelas atitudes que ferem o pundonor militar, o decoro da classe e a ética militar. Pundonor, decoro e ética que se materializam na maioria dos preceitos contidos no artigo 28 do Estatuto dos Militares.

O oficial indigno perderá, sem dúvida, o posto e a patente.

E a incompatibilidade? Teria o legislador usado o termo como sinônimo de indignidade? Não nos parece. Mais justo será considerar incompatível aquele que se mostra sem condição técnico-profissional – ultrapassada a transgressão disciplinar – para o exercício de chefia e do comando, inerentes ao oficialato.

É incompatível, por incompetente, perde a condição de permanecer na ativa, ou a ela reverter; mas, necessariamente, não será o caso de perder o posto e a patente. Deverá ser reformado (In Revista do Superior Tribunal Militar, Brasília, v. 16/18, 1994/1996, p. 90).

No caso sob análise, os gravosos fatos imputados ao Tenente Ferraz, os quais, enfatize-se, foram positivados, denotam a sua indignidade, e, por corolário, a perda de seu posto e de sua patente é a única medida que se impõe como justa, legal e adequada.

É o quanto basta.

DECISÃO

Diante do exposto, por unanimidade, afastam-se as preliminares e declara-se a indignidade para o oficialato do 1º Tenente PM Lídio Ferraz

de Deus, determinando-se a perda de seu posto e de sua patente, com as comunicações de lei.

Observe a Diretoria Judiciária que como defensores do requerido permanecem os seguintes profissionais (fl. 3.177): Mirella Giselle do Amaral de Oliveira – OAB/SC 16.844, Otávio Augusto Minotto – OAB/SC 19.758 e Sueli de Fátima Brand Bianco Pereira – OAB/SC 12.190, nas pessoas dos quais se deverão dar as futuras intimações, bem como que se deve retificar o registro e a autuação do caderno processual.

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Gaspar Rubik, Solon d’Eça Neves, Irineu João da Silva e Torres Marques. Lavrou parecer, pela douda Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Pedro Sérgio Steil.

Florianópolis, 30 de maio de 2007.

Jorge Mussi
PRESIDENTE, COM VOTO

Carstens Köhler
RELATOR

PERDA DE GRADUAÇÃO

Perda de Graduação n. 2006.031061-7, da Capital

Relator: Des. Sérgio Paladino

PERDA DE GRADUAÇÃO. ALMEJADO RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO ACOLHIDA NA ESFERA ADMINISTRATIVA. INAPLICABILIDADE DO ART. 14 DA LEI ESTADUAL N. 5.209/76 AO CASO CONCRETO. PRAÇA SUBMETIDO A JULGAMENTO PERANTE O PODER JUDICIÁRIO. COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, *EX VI* DO ART. 125, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. IMPOSSIBILIDADE.

O prazo estipulado pelo art. 14 da Lei Estadual n. 5.209/76 refere-se à submissão de praças ao órgão administrativo e não ao Poder Judiciário.

Compete ao Tribunal de Justiça, investido nas funções da Justiça Militar, decidir a respeito da perda da graduação de praça, em consequência de condenação por crime militar.

PECULATO. CONTINUIDADE DELITIVA. SARGENTO DA POLÍCIA MILITAR CONDENADO À PENA DE QUATRO ANOS DE RECLUSÃO. AUSÊNCIA DE PROVA DA INCOMPATIBILIDADE MORAL COM O EXERCÍCIO DA FUNÇÃO PÚBLICA. REQUISITO SUBJETIVO NÃO SATISFEITO. INDEFERIMENTO.

Inexistindo nos autos prova da incompatibilidade moral com o exercício da função pública, inviabiliza-se a decretação da perda da graduação de praça.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Perda de Graduação n. 2006.031061-7, da comarca da Capital, em que é requerente o Procurador-Geral de Justiça e requerido Jair Neves:

ACORDAM, em Câmaras Criminais Reunidas, por maioria de votos, julgar improcedente a representação. Custas na forma da lei.

Trata-se de representação intentada pelo Procurador-Geral de Justiça contra Jair Neves, Sargento da Polícia Militar do Estado de Santa Catarina, com vistas à declaração da perda da graduação de praça e, por conseguinte, à exclusão do requerido dos quadros da referida Corporação.

Aduz que o representado foi condenado à pena de 4 (quatro) anos de reclusão pelo cometimento do crime de peculato, capitulado no art. 303 do Código Penal Militar, combinado com o art. 71 do Código Penal, o que demonstra, assim, que carece dos valores éticos necessários ao exercício da função pública (fls. 2-8).

A inicial veio acompanhada de documentos (fls. 10-200).

Citado, o requerido apresentou resposta, postulando a declaração da extinção de sua punibilidade pela prescrição, em virtude do transcurso de lapso superior ao previsto no art. 14 da Lei Estadual n. 5.209/76 para o respectivo julgamento. No mérito, objetiva que se considere improcedente a representação, alegando que não ficou comprovado o impedimento moral para o exercício da função de policial militar, segundo concluiu o Conselho Disciplinar (fls. 213-221).

Instado a manifestar-se, fê-lo o ilustrado Procurador-Geral de Justiça Dr. Pedro Sérgio Steil, que opinou pelo recebimento da representação (fls. 245-248).

É o relatório.

Inicialmente, em face da juntada aos autos da decisão administrativa, que reconheceu a capacidade moral e profissional do requerido apesar da condenação nos autos do Processo Crime n. 043/00, faz-se mister a análise da competência deste Tribunal para decidir sobre a perda de graduação de praça.

Com efeito, quanto aos acontecimentos que motivaram a condenação criminal, o Conselho Disciplinar, invocando o art. 14 da Lei Estadual n. 5.209/76, reconheceu a prescrição da pretensão punitiva, em razão do transcurso de lapso superior ao fixado em lei para o julgamento (fls. 233-237).

De outro vértice, o órgão administrativo deu prosseguimento à sindicância, instaurada com o intuito de aferir a conduta pessoal e profissional do representado, *ex vi* do art. 1º da aludida lei estadual, e concluiu que ele tem aptidão moral para permanecer nas fileiras da Polícia Militar do Estado de Santa Catarina (fls. 227-239).

Em que pese o fato de não ter o Conselho Disciplinar analisado os fatos que ocasionaram a condenação criminal de Jair Neves, pela superveniência da prescrição, referida decisão não obsta a que esta Corte desempenhe o seu mister, visto que o prazo estabelecido no art. 14 da Lei Estadual n. 5.209/76 refere-se à submissão das praças ao órgão administrativo e não ao Poder Judiciário, que é esfera independente.

Com efeito, incumbe a esta Corte, após o trânsito em julgado da sentença que condena o requerido pelo cometimento de crime militar, o exame da questão concernente à manutenção ou não da graduação, razão pela qual não há falar em transcurso de prazo prescricional a partir da data dos acontecimentos, de modo que o Conselho Disciplinar não dispõe de competência para decretar, em caráter acessório, a perda da graduação de praça como corolário da condenação por crime militar, por se tratar de atribuição exclusiva conferida ao Tribunal de Justiça, por norma constitu-

cional, quando investido nas funções da Justiça Militar, em conformidade com o preceito inscrito no art. 125, § 4º, da Constituição Federal, vazado nestes termos:

Compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os militares dos Estados, nos crimes militares definidos em lei e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, ressalvada a competência do júri quando a vítima for civil, cabendo ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças.

Prescreve, outrossim, o art. 90, § 1º, da Constituição do Estado:

Como órgão de segundo grau funcionará o Tribunal de Justiça, cabendo-lhe decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças.

Gize-se que antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, segundo o estatuído no art. 102 do Código Penal Militar, a condenação de praça a pena privativa de liberdade por tempo superior a dois anos implicava, automaticamente, na sua exclusão das Forças Armadas.

Entretanto, consoante a norma inscrita no art. 125, § 4º, da Constituição Federal, a perda de graduação somente pode ser decretada, pelo tribunal competente, após procedimento específico, o que não afasta a exclusão da Corporação como sanção administrativa no caso de infração disciplinar, segundo o entendimento da Corte Suprema, estampado na ementa de precedente que se transcreve a seguir:

A prática de ato incompatível com a função policial militar pode implicar a perda da graduação como sanção administrativa, assegurando-se à praça o direito de defesa e o contraditório. Neste caso, entretanto, não há invocar julgamento pela Justiça Militar estadual. A esta compete decidir sobre a perda da graduação das praças, como pena acessória do crime que a ela, Justiça Militar estadual, coube decidir, não subsistindo, em consequência, relativamente aos graduados, o art. 102 do Cód. Penal Militar, que a impunha como pena acessória da condenação criminal a prisão superior a dois anos (RE n. 187132/DF, rel. Min. Eros Grau, DJU de 29-6-2006, p. 23).

Logo, afigurando-se inequívoca a competência deste Tribunal para processar e julgar o feito, afastada a prescrição, procede-se ao exame da representação que visa à decretação da perda da graduação, para o que, quanto aos militares estaduais, por força da norma inscrita no art. 42, § 1º, da Constituição Federal, é preciso que estejam presentes os requisitos destinados aos oficiais das Forças Armadas, enumerados no art. 142, § 3º, incisos VI e VII, do mesmo diploma, *verbis*:

Omissis

VI – o oficial só perderá o posto e a patente se for julgado indigno do oficialato ou com ele incompatível, por decisão de tribunal militar de caráter permanente, em tempo de paz, ou de tribunal especial, em tempo de guerra;

VII – o oficial condenado na justiça comum ou militar a pena privativa de liberdade superior a 2 (dois) anos, por sentença transitada em julgado, será submetido ao julgamento previsto no inciso anterior.

Inexistindo regulamentação específica que discipline o procedimento que visa à decretação da perda de graduação de praça, emprega-se, no que couber, a destinada à indignidade ou incompatibilidade para o oficialato, já que o art. 125, § 4º, da Constituição Federal equiparou ambos os procedimentos.

A propósito, proclamou o Excelso Pretório:

A nova garantia constitucional dos graduados das polícias militares é de eficácia plena e imediata, aplicando-se, no que couber, a disciplina legal vigente sobre a perda de patente dos oficiais e o respectivo processo (RE n. 121533/MG, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU de 30-11-1990, p. 14.069).

A jurisprudência desta Corte, igualmente, assentou:

Para a perda da graduação das praças — equiparada à perda do posto e da patente dos oficiais pelo citado art. 125, § 4º, da Constituição Federal — devem ser preenchidos dois requisitos, a saber: o primeiro, de caráter objetivo, relativo ao tempo de condenação,

e o segundo, referente ao mérito do militar, sua dignidade e compatibilidade para exercer a função policial (Perda de Graduação n. 2006.013750-1, de São José, rel. Des. Torres Marques).

Diante disso, foi preenchido o requisito objetivo, visto que o requerido foi condenado, por decisão transitada em julgado, a pena corporal superior a 2 (dois) anos, em razão do cometimento do crime capitulado no art. 303 do Código Penal Militar, combinado com o art. 71 do Código Penal.

O requisito subjetivo, por seu turno, não foi satisfeito, pois não há nos autos prova da inadequação moral do representado com o exercício das funções de policial militar, uma vez que a condenação criminal, isoladamente, não pode alicerçar a sua exclusão da Corporação.

Logo, ausentes elementos capazes de demonstrar a incapacidade ética e profissional de Jair Neves, inviabiliza-se a decretação da perda da graduação, em virtude unicamente do cometimento do delito em apreço, por não se tratar de pena acessória, mas de sanção para cuja imposição faz-se mister a observância de procedimento específico.

Ademais, conquanto a decisão administrativa não vincule esta Corte, o Conselho Disciplinar constatou que o representado, antes mesmo da apuração do crime, durante a tramitação do processo judicial e após a condenação, jamais foi impedido de exercer atribuições de confiança, conferindo-se-lhe sempre funções por força das quais lhe incumbia administrar verbas públicas, o que não gerou desconforto funcional algum para seus superiores.

Outrossim,

durante a instrução do Conselho Disciplinar, ficou claro nas declarações das testemunhas, tanto nas de acusação como nas de defesa, que não há qualquer impedimento de ordem moral ou profissional para que se proceda ao licenciamento do acusado, pois de todo o testemunho colhido, não foi levantado um

fato sequer que tenha sido cometido após o fatídico que gerou a condenação, que venha a desabonar a permanência do mesmo nas fileiras da PMSC (fl. 238).

Portanto, como não ficou comprovado o impedimento moral para o exercício da função pública, existindo, até mesmo, prova em sentido contrário, inviabiliza-se a decretação da perda da graduação de praça, à míngua do preenchimento do requisito subjetivo.

Ante o exposto, julgou-se improcedente a representação.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Solon d'Eça Neves, Torres Marques, Carstens Köhler, Gaspar Rubik e Souza Varella, e, com voto vencido, o Exmo. Sr. Des. Irineu João da Silva. Emitiu parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Pedro Sérgio Steil.

Florianópolis, 28 de março de 2007.

Amaral e Silva
PRESIDENTE, COM VOTO

Sérgio Paladino
RELATOR

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Irineu João da Silva

Ousei divergir dos meus pares pelas razões expostas na sessão de julgamento, especialmente vinculadas à presença do requisito subjetivo para a perda da graduação.

Irineu João da Silva

PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL

APELAÇÕES CRIMINAIS

Apelação Criminal n. 2005.011737-9, de São João Batista

Relator: Des. Subst. Tulio Pinheiro

APELAÇÃO CRIMINAL – LESÃO CORPORAL DE NATU-
REZA GRAVÍSSIMA (ART. 129, § 2º, II E IV, DO CÓDIGO PE-
NAL) – AGENTE QUE, EMBRIAGADO, UTILIZANDO-SE DE
UM CANIVETE, DECEPA COMPLETAMENTE O TESTÍCULO
ESQUERDO E TRÊS QUARTOS DO TESTÍCULO DIREITO
DO OFENDIDO, SEU IRMÃO, QUE TAMBÉM ESTAVA EM
ESTADO DE EBRIEDADE – DEFORMIDADE DO ÓRGÃO
GENITAL E DEBILIDADE NA FUNÇÃO REPRODUTIVA
ATESTADAS PELO LAUDO DE CORPO DE DELITO COMO
PERMANENTES – ARGÜIÇÃO DE NULIDADE DO FEITO
POR FALTA DE APRECIÇÃO DAS TESES DEFENSIVAS
APRESENTADAS NAS ALEGAÇÕES FINAIS E DE FUNDA-
MENTAÇÃO DO *DECISUM* – INOCORRÊNCIA – SENTENÇA
DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA E CIRCUNSCRITA A
TODOS OS ASPECTOS ARGÜIDOS PELA DEFESA – PREFE-
CIAIS REPELIDAS.

MÉRITO – PRETENSA ABSOLVIÇÃO POR AUSÊNCIA
DE DOLO – INVIABILIDADE – VONTADE DE PRODUZIR
UM DANO AO CORPO CONSTATADA E QUE PRESCINDE
DA ANÁLISE DA CONSCIÊNCIA DA ILICITUDE, QUE É
ELEMENTO DA CULPABILIDADE – EMBRIAGUEZ VO-
LUNTÁRIA QUE NÃO TEM O CONDÃO DE EXCLUIR A

IMPUTABILIDADE PENAL (CAPACIDADE DE ENTENDER O CARÁTER ILÍCITO DO FATO E DETERMINAR-SE DE ACORDO COM ESSE ENTENDIMENTO) – EXEGESE DO INCISO II DO ART. 28 DO CÓDIGO PENAL – PERDÃO DA VÍTIMA – FATO QUE NÃO ILIDE A RESPONSABILIDADE PENAL – CONDENAÇÃO MANTIDA.

APELO NÃO PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2005.011737-9, da comarca de São João Batista (vara única), em que é apelante O. R. 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 São João Batista, O.R. foi denunciado como incurso nas sanções do art. 129, § 2º, incisos III e IV, do Código Penal, consoante se depreende da exordial acusatória:

Segundo se infere dos autos, na noite de 21 de maio do corrente ano (2001), em horário não especificado nos autos, o denunciado, fazendo uso de um canivete, decepou o testículo esquerdo e parte do testículo direito de seu irmão e ora vítima A.R. , causando-lhe as lesões corporais de natureza gravíssima descritas no laudo pericial de fl. 14 (*sic*) (fls. 2-3).

Processado o feito e concluída a instrução criminal, a denúncia foi julgada parcialmente procedente para condenar o réu à reprimenda de 2 (dois) anos de reclusão, em regime aberto, por cometer o disposto no art. 129, § 2º, incisos II e IV, do Código Penal. Na seqüência, porque preenchidos os requisitos do art. 77 do Estatuto Repressivo, suspendeu-se

a execução da pena privativa de liberdade pelo período de dois anos, mediante as seguintes condições: a) não se ausentar da Comarca por período superior a oito dias sem prévia comunicação ao Juízo; e b) apresentar-se obrigatória e bimensalmente perante o Juízo para informar e justificar suas atividades.

Inconformado com a prestação jurisdicional (fl. 64), o sentenciado, por meio de seu defensor, apelou postulando, preliminarmente, a decretação de nulidade da sentença por cerceamento de defesa, sob o argumento de que as teses defensivas apresentadas em sede de alegações finais, dentre elas a inexistência de dolo, a falta de prova da ocorrência da lesão grave e a falta de prova da ocorrência da lesão gravíssima, não foram analisadas pelo Magistrado. Aduziu, ainda, haver nulidade do edito condenatório em face da ausência de fundamentação. No mérito, requereu a reforma da sentença para se ver absolvido, por entender que a ação foi perpetrada sem dolo.

Com as contra-razões, ascenderam os autos a este egrégio Tribunal, e a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Vilmar José Loef, opinou pelo conhecimento e desprovimento do apelo.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto por O.R., condenado pela prática de lesões corporais gravíssimas que resultaram em permanente deformidade nos testículos da vítima e debilidade na função reprodutiva (art. 129, § 2º, incisos II e IV, do Código Penal).

Pleiteia, em síntese, preliminarmente, a decretação de nulidade da sentença por cerceamento de defesa, sob o argumento de que as teses defensivas apresentadas em sede de alegações finais, dentre elas a inexistência de dolo, a falta de prova da ocorrência da lesão grave e a falta de prova da ocorrência da lesão gravíssima, não foram analisadas pelo Magistrado. Aduziu, ainda, haver nulidade do edito condenatório em face da ausência

de fundamentação. No mérito, requereu a reforma da sentença para se ver absolvido, por entender que a ação foi perpetrada sem dolo.

Todavia, compulsando-se o caderno processual, não há dar guarida a nenhum dos argumentos esposados.

Inicialmente, as prefaciais de nulidade da sentença aventadas, de não-enfrentamento das teses defensivas aduzidas em sede de alegações finais e de ausência de fundamentação, ressoam descabidas.

Com efeito, é certo que a validade da sentença decorre necessariamente do embate de todas as questões relevantes suscitadas no curso processual, de modo que a omissão na análise das teses defensivas derradeiras ou a ausência de fundamentação configuram nulidade da sentença.

Entretanto, na hipótese em comento, vislumbra-se que o Magistrado, ainda que sucintamente, analisou todas as propositivas apresentadas pela defesa do apelante e fundamentou o edito condenatório, dando conta da tipicidade do fato e da culpabilidade do acusado, bem como do reconhecimento das lesões sofridas pela vítima, as quais, levando-se em consideração o princípio da livre apreciação da prova, previsto no art. 156 do Código de Processo Penal, foram tachadas de gravíssimas. É o que se depreende de seu *decisum*, se não vejamos:

A tese defensiva esboçada em razões finais, no que pese serem fruto de mente prodigiosa, não tem o condão de apagar a ilicitude da conduta e muito menos os nefastos efeitos da lesão, pelo que, impossível acolhê-la.

As qualificadoras apontadas de igual forma são estremes de dúvidas, pois a vítima restou “capada” eternamente, sendo esta uma enfermidade incurável, ao tempo que também é uma deformidade permanente (*sic*) (fl. 60).

A propósito, sobre a proficiência da fundamentação, colige-se da doutrina:

Nessa perspectiva, o vício de fundamentação abrange a hipótese em que existe alguma motivação, mas é ela insuficiente; assim se o juiz deixa de apreciar questão importante apresentada pela acusação ou defesa nas razões finais. *Diferente o caso de fundamentação sucinta mas em que há análise dos elementos de prova, bem como da valoração e solução das questões de fato e de direito suscitadas no processo* (GRINOVER, Ada Pellegrini. et al. *As nulidades no processo penal*. 8. ed. São Paulo: RT, 2001. p. 257) (grifou-se).

A jurisprudência não destoa:

PROCESSO PENAL. SENTENÇA TACHADA DE NULA, POR HAVER PROFERIDO JULGAMENTO CITRA PETITA. ANÁLISE DE TODAS AS QUESTÕES SUSCITADAS PELOS RÉUS. EIVA INEXISTENTE. PRELIMINAR AFASTADA.

A circunstância de não se haver fundado em argumento deduzido pelas partes e de proclamar entendimento que não o pretendido, não significa que o juiz tenha proferido julgamento citra petita, pois a eles não está adstrito, por força do princípio do jura novit curia. O que se faz mister é que a motivação observe a res in judicium deducta, podendo estear-se em fundamento jurídico e legal diverso do suscitado. Se, de alguma forma, examina os argumentos alinhados pelo réu e os repele, ostenta fundamentação, logo, atende à exigência erigida em postulado constitucional, não podendo ser tachada de nula. [...] (Ap. Crim. n. 2003.030511-4, de São Bento do Sul, rel. Des. Sérgio Paladino) (grifou-se).

Inocorre nulidade pelo fato de o juiz não repelir, expressamente, argumentos expendidos pela defesa, em razões finais ou no correr do processo, vez que nenhum prejuízo causa a esta, pelo contrário, se produzisse tese contrária, reforçaria a acusação. [...] A sentença, desde que preencha os requisitos do art. 381 do Estatuto Processual, não pode ser considerada nula, porque se omitiu o magistrado de apreciar alguma alegação não substancial da defesa. O princípio do duplo grau de jurisdição, que está em consonância com o princípio da ampla defesa, não diz respeito a detalhes do processo, a argumentos minuciosos aventados pela defesa, mas representa, tão-só, a possibilidade de a sentença ser reapreciada, como um todo, em 2ª Instância (TACRSP, RJDTACrim 24/148-149).

Logo, afastam-se as proemiais suscitadas.

No tocante ao mérito, da mesma forma, inviável é a acolhida do pleito absolutório por ausência de dolo.

Infere-se do processado que na noite do dia 21-5-2001, após os irmãos R. comemorarem entre si o final da safra de fumo com muita bebida, o acusado O.R., utilizando-se de um canivete, decepou o testículo esquerdo e três quartos do testículo direito de seu irmão A., o que lhe causou lesões corporais gravíssimas.

A materialidade delitiva encontra-se estampada nas declarações prestadas no transcorrer do processo, bem como no laudo de corpo de delito (fl. 17), o qual, além de trazer a descrição das lesões ocasionadas na vítima (ferimento cortante de bolsa escrotal, com ausência completa de testículo esquerdo e parcial de três quartos de testículo direito), concluiu pela ocorrência de debilidade permanente de função sexual e pela deformidade permanente.

A autoria é incontestada, pois, além de confessada pelo réu, foi referendada nas palavras da vítima e de testigos.

A vítima, A.R., durante a fase indiciária, narrou os fatos ocorridos naquela noite assinalou não nutrir nenhuma mágoa de seu irmão pela infeliz ação praticada:

Que, no dia 21 de maio do corrente ano, à noite o declarante participou de uma festinha com seus irmãos comemorando o final da safra de fumo, comeram no local uma carne e todos beberam pinga; Que os seus irmãos L.R. e O.R. sempre tiveram bom relacionamento com o declarante, e no decorrer da festinha não houve nenhum desentendimento; Que, no final da festinha, ficou somente o declarante e seu irmão O., ambos embriagados fazendo brincadeiras entre si, inclusive um mostrando seus órgãos genitais para o outro, até que em dado momento O. disse que iria “capar” o declarante, e o declarante disse: “Não tens coragem para isso” foi o momento em que O. apanhou um canivete e amputou seus testículos e saiu do local; Que o declarante

desmaiou, e ao voltar a si arrastou-se até a cozinha, onde pegou no sono acordando-se somente de madrugada, todo ensanguentado, e a seguir foi para sua residência que fica próximo; Que o declarante diz que o motivo dos atos foi consequência da bebedeira, não teve interesse em comunicar À Polícia, porque não deseja prejudicar seu irmão (sic) (fl. 6) (destacou-se).

Em Juízo, o ofendido ratificou o depoimento acima transladado e voltou a afirmar “[...] *que não há qualquer mágoa com o acusado, com quem continua tendo ótima relação*”, lamentando, contudo, “[...] *que não tem mais ereção como outrora*” (sic) (fl. 42).

A testemunha e irmão do réu e do acusado, L.M.R., relatou que, antes de ter saído do local onde estavam os três, “ouviu a vítima falar que seria capado para engordar, pois estavam lhe chamando de ‘magrela” (fl. 36 – sic), tendo asseverado ainda, na fase administrativa, que, ao perceber que seu irmão estava “capado”, “Ouvii que O. disse que tinha arrancado os testículos de A. fora, e que tinha feito isto porque A. tinha mandado pois A. se achava muito magro e queria engordar e ter força para trabalhar”. Por fim, consignou que “O. atendeu e arrancou fora os testículos e os jogou-os fora num pasto e acha que as galinhas comeram os restos dos testículos de A.” (sic) (fl. 10).

O policial Álvaro Fabrício da Silva confirmou que o incriminado “capou” a vítima usando um canivete (fl. 37).

O acusado, perante a autoridade policial, admitiu ter decepado os testículos de seu irmão sem nenhuma razão aparente e que todos estavam muito embriagados na ocasião dos fatos:

[...] Que o declarante no dia 21 de maio do corrente ano, numa segunda-feira à noite fizeram uma festinha entre irmãos, comemorando o final da safra de fumo, onde comeram carne e beberam cachaça; Que, em determinado momento o seu irmão de nome L. saiu do local da festa e foi pescar, permanecendo o declarante e a ora vítima A., que continuaram a beber até acabar a bebida e ficar embriagados; Que, seu irmão começou a mostrar seus órgãos genitais

como forma de brincadeira, até que em dado momento o declarante apanhou um canivete e amputou os testículos do seu irmão e jogou na rua; Que, o declarante não lembra exatamente como ocorreu o fato pois devido a bebedeira perdeu um pouco a lucidez; [...] Que, o declarante por residir no interior, sabe como se castra animal “porco”, e no homem é feito da mesma forma, dizendo até ser mais fácil (sic) (fls. 7 e 8) (frisou-se).

Perante o Togado, o réu confirmou a mesma versão dizendo “[...] *que não recorda a razão pela qual deceitou os testículos de seu irmão, [...] lembrando apenas, que ele começou a mostrar suas partes pudendas para o interrogando*” (sic) (fls. 25 e 26) (destacou-se).

Ora, o exame dos depoimentos coletados e do laudo de corpo de delito não deixa dúvida de como se deram os fatos, pelo que deles se interfere que réu e vítima estavam bastante embebedados, fazendo brincadeiras com suas genitálias, e que num ato de singular e sumária estupidez, desprovido de qualquer motivação, o primeiro pegou seu canivete e mutilou totalmente o testículo esquerdo e três quartos do testículo direito da vítima.

Portanto, o dolo da conduta perpetrada pelo acusado é inafastável.

Primeiramente, o fato de o Togado ter equivocadamente mencionado a expressão “ausência de dolo” como fundamento para a revogação da prisão preventiva (fl. 26), porquanto ser decisão de natureza interlocutória, não serve para sustentar uma absolvição, uma vez que, como bem referendou a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Vilmar José Loef, “Decisões interlocutórias não vinculam, em hipótese alguma, as decisões terminativas do feito”, especialmente porque “prolatada antes mesmo que a instrução probatória estivesse encerrada” (fls. 83-84). Mais que isso, é cediço que o princípio constitucional do livre convencimento confere ao togado a prerrogativa de alterar seu entendimento, conforme preconiza o art. 156 do Código de Processo Penal, *verbis*: “O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova”.

Nessa senda:

A versão dada ao fato pelo Juiz, em decisão interlocutória, não o vincula ao proferir a sentença. (AI n. 6.342, de Balneário Camboriú, rel. Des. Rubem Córdova).

Por outro lado, o dolo da conduta do acusado ficou plenamente configurado no ato da mera extirpação dos órgãos genitais por meio do canivete.

Isso porque a consumação do tipo penal transgredido (lesões corporais), em seu aspecto subjetivo, não exige a presença de nenhuma motivação para a perpetração da conduta, como, *v. g.*, a presença de eventual rixa ou discussão, aliás, incoerentes no caso em apreço, ou mesmo do exame da consciência da ilicitude, que é elemento da culpabilidade e deve ser verificado em etapa posterior, e basta apenas a configuração da figura do dolo (natural ou neutro), isto é, “a vontade de produzir um dano ao corpo ou à saúde de outrem ou, pelo menos, de assumir o risco desse resultado” (MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*. Atlas. 1990. p. 86).

Sobre o dolo, Luiz Régis Prado e Fernando Capez lecionam:

Entende-se dolo a consciência e a vontade de realização dos elementos objetivos do tipo de injusto doloso (tipo objetivo). Dolo é “saber e querer a realização do tipo objetivo de um delito”. *Não exige a consciência da ilicitude, que é elemento da culpabilidade*. É uma parte subjetiva do tipo de injusto que implica um desvalor da ação de natureza mais grave. *Refere-se unicamente ao tipo indiciário (dolo natural ou dolo neutro)*. Está presente tanto no delito consumado como no tentado (PRADO, Luiz Régis. *Curso de direito penal brasileiro*. 3. ed. São Paulo: RT, 2002. v. 1, p. 295) (destacou-se).

Em suma, o dolo é formado apenas por consciência e vontade, sendo um fenômeno puramente psicológico, e pertencente à conduta, devendo ser analisado desde logo, quando da aferição do fato típico. *A consciência da ilicitude é algo distinto, que integra a culpabilidade como seu requisito e somente deve ser analisada em momento posterior. Em primeiro lugar, analisa-se se o agente quis praticar a conduta. Em caso positivo, há dolo. Constatada a existência de um fato típico doloso,*

mais adiante, quando da verificação de eventual culpabilidade, é que se examina se o agente tinha ou não consciência da ilicitude desse fato. Não é correto misturar tudo numa análise a um só tempo. O dolo, portanto, segundo nosso entendimento, é o natural (CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: parte geral*. 9. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 1, p. 202) (ressaltou-se).

No que tange à culpabilidade, entendida como o nível de reprovação estabelecido em face da gravidade do crime praticado, “de acordo com a exteriorização da vontade humana, por meio de uma ação ou omissão” (CAPEZ, op. cit., p. 298 e 299), depreende-se que não estão presentes as suas dirimentes (referentes à imputabilidade, à potencial consciência da ilicitude e à exigibilidade de conduta diversa), destacando-se que a embriaguez, ainda que completa, não tem o condão de excluir a imputabilidade penal (capacidade de entender o caráter ilícito do fato e determinar-se de acordo com esse entendimento), uma vez que a ebriedade se deu de forma voluntária.

O Código Penal assim dispõe:

Art. 28. Não excluem a imputabilidade penal:

I – a emoção ou a paixão;

II – a embriaguez, voluntária ou culposa, pelo álcool ou substância de efeitos análogos.

Fernando Capez, sobre o tema, explica:

A embriaguez não acidental jamais exclui a imputabilidade do agente, seja voluntária, culposa, completa ou incompleta. Isso porque ele, no momento em que ingeria a substância, era livre para decidir se devia ou não o fazer. A conduta, mesmo quando praticada em estado de embriaguez completa, originou-se de um ato de livre-arbítrio do sujeito, que optou por ingerir a substância quando tinha possibilidade de não o fazer. A ação foi livre na sua causa, devendo o agente, por essa razão, ser responsabilizado.

É a teoria da *actio libera in causa* (ações livres na causa).(op. cit. p. 312).

Desta Corte de Justiça, coleta-se:

APELAÇÃO CRIMINAL. LESÃO CORPORAL GRAVE. ISENÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 28, § 1º, DO CÓDIGO PENAL. ALMEJADO RECONHECIMENTO. INADMISSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE PROVA NO CONCERNENTE AO GRAU DE EBRIEDADE DO RÉU E DE QUE TENHA PROVINDO DE CASO FORTUITO OU FORÇA MAIOR. RECURSO DESPROVIDO.

Inexistindo provas de que a embriaguez do apelante tenha decorrido de caso fortuito ou força maior, não há como o isentar de responsabilidade (Ap. Crim. n. 2006.032968-5, de São Miguel do Oeste, rel. Des. Sérgio Paladino) (frisou-se).

Por fim, tem-se que a figura típica da lesão corporal gravíssima foi cabalmente explicitada nos autos pelo laudo de corpo de delito acostado à fl. 17, que arrematou pela ocorrência de “debilidade permanente de função sexual e pela deformidade permanente”.

Ademais, malgrado o acusado tenha sido perdoado por seu irmão, mantendo com ele boas relações após os fatos, tal circunstância não tem o viés de ilidir a responsabilidade penal, uma vez que, em se tratando de ilícito a ser apurado por meio de ação penal pública incondicionada, eventual desculpa do ofendido não ilide a configuração do injusto, e não pode o Estado abdicar da sua atribuição constitucional de aplicar a norma cogente.

Nessa toada, leciona Julio Fabbrini Mirabete, *verbis*:

A punição do autor da lesão social representa a justa reação do Estado contra o autor da infração penal, em nome da defesa da ordem e da boa convivência entre os cidadãos. E como os interesses tutelados pelas normas penais são, sempre, eminentemente públicos, sociais, impõe-se a atuação do Estado, não como simples faculdade de impor medidas penais, mas como obrigação funcional de realizar um dos fins essenciais de sua própria constituição, que é a manutenção e reintegração da ordem jurídica. O Estado não tem, apenas, o direito de punir, mas, sobretudo, o dever de punir. O *jus puniendi* ou o poder de punir é uma manifestação da soberania estatal, e, segundo

Grispigni enquadra-se na categoria dos direitos públicos subjetivos do Estado porque este "intervém na relação jurídica como soberano" (*Processo penal*. São Paulo: Atlas, 1991. p. 25).

Veja-se, a respeito, o seguinte julgado:

[...] O perdão da ofendida não implica em perdão judicial, nem isenção de pena. A pena no direito penal moderno, além de preventiva, tem a finalidade essencialmente reeducativa [...] (TJ-GO, ACr 24422-5/213, rel. Des. Byron Seabra Guimarães, j. 4-11-2003).

Logo, mostra-se irretocável a condenação do acusado, e é imperativa a manutenção da sentença combatida.

DECISÃO

Diante do exposto, decidiu a Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, negar provimento ao apelo.

Retifique-se o nome do apelante no SAJ – Sistema de Automação do Judiciário – , uma vez que o seu sobrenome é R.

Participou do julgamento o Exmo. Sr. Des. Solon d’Eça Neves. Emitiu parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Vilmar José Loef.

Florianópolis, 26 de junho de 2007.

Amaral e Silva
PRESIDENTE, COM VOTO

Tulio Pinheiro
RELATOR

Apelação Criminal n. 2005.027918-1, de Balneário Camboriú

Relator: Des. Subst. Tulio Pinheiro

CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO – EXTORSÃO – CONSTANGIMENTO MEDIANTE GRAVE AMEAÇA – GUARDADOR DE CARROS (FLANELINHA) QUE, SOB AMEAÇA DE RETER VEÍCULO ESTACIONADO EM VIA PÚBLICA, CONSTRANGE MOTORISTA A LHE DAR DINHEIRO – RECURSO DA DEFESA – POSTULADA ABSOLVIÇÃO POR FALTA DE PROVAS – INVIABILIDADE – MATERIALIDADE E AUTORIA SOBEJAMENTE COMPROVADAS – CONTEXTO PROBATÓRIO FIRME E COERENTE – DEPOIMENTOS DA VÍTIMA, DE TESTEMUNHA PRESENCIAL E DE POLICIAIS UNÍSSONOS ACERCA DA PERPETRAÇÃO DO ILÍCITO – CONDENAÇÃO QUE SE IMPÕE – DESCLASSIFICAÇÃO PARA FORMA TENTADA – OFENDIDA QUE NÃO SE CURVA À VONTADE DO AGENTE – TENTATIVA CONFIGURADA.

“Mesmo para quem entende ser a extorsão crime formal (posição tecnicamente mais correta), essa qualidade não impede a incidência da tentativa. Explica-se: a extorsão é crime formal e plurissubsistente, e, assim, comporta um *iter* que pode ser obstado por circunstâncias alheias à vontade do agente. Desse modo, haverá tentativa se a vítima, constrangida pelo emprego da violência ou grave ameaça, não realizar o comportamento ativo ou omissivo por circunstâncias alheias à vontade do agente” (CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*: parte especial. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 2, p. 408).

SURSIS – REQUISITOS ESTATUÍDOS NO ARTIGO 77 DO ESTATUTO REPRESSIVO PRESENTES – CONCESSÃO DA

SUSPENSÃO CONDICIONAL DA EXECUÇÃO DA PENA POR
2 (DOIS) ANOS – APELO PROVIDO.

RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2005.027918-1, da comarca de Balneário Camboriú, em que é apelante Lúcio Carlos Dias Pinto e apelada a Justiça Pública, por seu Promotor:

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, dar parcial provimento ao recurso para reconhecer a tentativa e adequar a reprimenda para 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial aberto, e 3 (três) dias-multa, cada qual no valor de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos, concedida ao recorrente a suspensão da pena pelo período de dois anos, nos moldes do art. 77 do Estatuto Repressivo. Custas na forma da lei.

RELATÓRIO

Na comarca de Balneário Camboriú, Lúcio Carlos Dias Pinto foi denunciado como incurso nas sanções do art. 158, *caput*, do Código Penal, pela prática da seguinte conduta delitiva, narrada na exordial acusatória:

[...] no dia 29-7-2001, por volta das 19 horas, a vítima Maria Navegantes de Souza Lehmkuhl deixou seu veículo GM/Astra, placa MBF-1105, zero quilômetro, estacionado na Rua 511, em frente ao Edifício Dona Rosinha, no centro desta cidade. Quando entrava no veículo, o indiciado que freqüentemente por lá se encontrava e se postava como “guardador de carros”, solicitando aos motoristas que lhe dessem dinheiro para olhar por eles, aproximou-se e disse que o veículo da vítima estava “bem cuidado” e lhe pediu “uma moedinha”.

A vítima, todavia, respondeu que não tinha nenhuma moeda e que já retornaria, ocasião em que o denunciado, dolosamente, com soberba, já que no local não é obrigatório o pagamento de

taxa de estacionamento, passou a exigir da vítima remuneração em dinheiro, afirmando que havia cuidado do seu veículo, além de ameaçá-la dizendo que se não pagasse não poderia retirar o automóvel daquele local, e proferiu-lhe palavras de baixo calão, como “vagabunda” e “puta”.

Como se não bastasse, o denunciado constrangeu a vítima, com ameaças, a fim de obter indevida vantagem econômica, “prometendo que iria pegá-la”, e munuiu-se de uma pedra que atirou contra o automóvel da vítima, causando-lhe danos materiais, o que fez com que, temerosa diante da agressividade do agente, a vítima viesse a arrancar apressadamente e ter, posteriormente, acionado a Polícia Militar.

Consta dos autos, ainda, que a vítima foi até a rodoviária local e, quando retornou, encontrou novamente o denunciado, o qual, gesticulando nervosamente, exigia que ela não estacionasse o veículo naquela rua, com a afirmação que “quem não paga não estaciona”, no momento exato em que a Polícia Militar chegou e o prendeu em flagrante delito, não consumado o intento desejado por circunstâncias alheias à sua vontade.

Verifica-se, assim, que o denunciado constrangeu a vítima, mediante grave ameaça, a fazer entrega de dinheiro com a finalidade de obter indevida vantagem econômica (fls. 2-3).

Concluída a instrução criminal, a Magistrada julgou procedente a denúncia, condenando Lúcio Carlos Dias Pinto à pena de 4 (quatro) anos de reclusão, em regime aberto, e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo mensal vigente ao tempo do fato, por infração prevista no art. 158, *caput*, do Código Penal, vedadas a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e a suspensão condicional do processo (*sursis*).

Insatisfeito com a prestação jurisdicional, o réu interpôs recurso de apelação, postulando a absolvição por ausência de provas. Sucessivamente, requereu o reconhecimento da tentativa, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e a fixação da pena de multa no patamar mínimo legal.

Contra-arrazoado o recurso, ascenderam os autos a esta Corte, oportunidade em que a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer do Dr. Anselmo Agostinho da Silva, opinou pelo conhecimento e desprovemento do apelo.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto por Lúcio Carlos Dias Pinto, condenado por infração ao art. 158, *caput*, do Código Penal.

Inicialmente, busca o apelante sua absolvição alegando, para tanto, a ausência de elementos probatórios suficientes a sustentar o edito condenatório.

Contudo, pelo que se pode verificar dos autos, razão não lhe assiste.

A materialidade do delito está devidamente comprovada pelo boletim de ocorrência (fl. 12) e pelo auto de prisão em flagrante (fls. 5-10).

A autoria, também, em que pese tenha sido negada pelo réu, em juízo (fls. 27-28), exsurge incontestável ante o conjunto probatório carreado aos autos.

A vítima, ouvida perante a autoridade judicial (fls. 40-41), relata de forma pormenorizada a conduta delituosa declarando que, na tarde dos fatos, estava dentro de seu automóvel, estacionado na frente do edifício onde mora, na companhia de sua funcionária, de nome Kátia, oportunidade em que o réu solicitou dinheiro. Afirmou que o acusado, ao ouvir sua resposta – que ela não tinha dinheiro — tentou segurar o carro, dizendo que se ele não recebesse não sairia dali, e, em seguida, proferiu palavras de baixo calão. Contou ter ficado com muito medo e que, em virtude disso, falou que retornaria para entregar o dinheiro, e que ao dar a ré em seu carro percebeu que um objeto, lançado pelo acusado, atingiu a lateral do automóvel, o que a fez deixar o local e acionar a Polícia Militar. Ao final,

disse que ao retornar para o seu apartamento estacionou seu automóvel no mesmo local, momento em que o increpado foi, novamente, ao seu encontro asseverando que ela não poderia mais estacionar na rua, quando, então, resolveu enfrentar o homem, oportunidade em que este tentou agredi-la, e foi contido por terceiros.

A versão dada pela ofendida encontra amparo nas palavras judiciais de Katia Rosana da Silva:

[...] e a vítima como sempre faz travou a porta e nisso o acusado bateu no vidro; que a vítima baixou um pouquinho o vidro e perguntou o que o acusado queria e ele disse que queria dinheiro porque o carro estava bem cuidado; que a vítima disse que não tinha dinheiro e que iria levar a informante na rodoviária e ia trocar dinheiro e depois ia dar para o acusado; que o acusado segurou a porta do carro e disse para a vítima que ela não iria sair dali sem pagar para ele; que o acusado começou a xingar a vítima com palavrões e a informante e a vítima começaram a ficar com medo; que a vítima então arrancou o carro e o acusado passou a mão num objeto não sabendo a informante se era uma pedra, e bateu; que não viram se o carro tinha sido atingido porque ficaram com medo do acusado que parecia drogado e a vítima levou a informante para a rodoviária; que a informante pegou o ônibus e foi embora e como o acusado disse que se a vítima volta disse no local ia ser agredida a vítima ligou para o marido e para a polícia [...] (fl. 78 verso — *sic*).

No mesmo norte é o depoimento judicial da policial militar Jaqueline dos Santos Gonçalves (fl. 43), responsável pela prisão do increpado.

Ora, consoante as transcrições acima, depreende-se total harmonia dos depoimentos colhidos nos autos, os quais formam prova convincente de que o réu, com o intuito de obter vantagem econômica, constrangeu a ofendida, sob grave ameaça, a pagar para poder retirar seu veículo estacionado na rua, em frente ao edifício em que residia.

Acerca do crime de extorsão, leciona Celso Delmanto:

A conduta é constranger (coagir, obrigar) e deve ser praticada mediante violência (física contra a pessoa) ou grave ameaça (promessa de causar mal sério e verossímil). O constrangimento deve ser para coagir a fazer (certa coisa), tolerar que se faça (obrigar a permitir) ou deixar de fazer (não fazer). O comportamento deve ter o intuito de obter indevida vantagem econômica. [...] Como economicamente apreciável, considera-se o ato, de caráter patrimonial ou não, capaz de produzir efeitos de natureza econômica em proveito do agente ou de terceira pessoa; [...] (*Código penal*. 6. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 359).

Destarte, perfeitamente caracterizado o ilícito.

De outro vértice, o pleito de reconhecimento da tentativa merece acolhida, se não vejamos:

O delito de extorsão é composto por três fases: 1) constrangimento, mediante violência ou grave ameaça; 2) ação ou omissão da vítima, que se curva à vontade do agente; e 3) obtenção da vantagem econômica indevida.

Trata-se de crime formal, no qual a obtenção da vantagem constitui mero exaurimento. Assim, haverá o delito tentado se percorrida apenas a primeira fase e o delito consumado caso ocorrida a segunda fase.

Observa-se que, *in casu*, o constrangimento ilegal foi praticado contra a vítima, na medida em que o acusado afirmou que ela só poderia retirar seu carro estacionado em via pública caso lhe pagasse, o que de fato não ocorreu.

Nesse contexto, nos moldes do art. 14, inc. II, do Código Penal, considera-se não consumado o delito por circunstâncias alheias à vontade do agente, qual seja, o fato de a vítima não ter praticado nenhum ato tendente a concretizar a vontade do increpado. Pelo contrário, retirou seu carro da vaga de estacionamento sem entregar-lhe nenhum valor, acio-

nou a polícia e, até mesmo, corajosamente, retornou ao local dos fatos, enfrentando o réu.

Guilherme de Souza Nucci leciona que:

o simples constrangimento, sem que a vítima atue, não passa de uma tentativa. Para a consumação, portanto, cremos mais indicado atingir o segundo estágio, isto é, quando a vítima cede ao constrangimento imposto e faz ou deixa de fazer algo (*Código penal comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 158).

No mesmo sentido, Fernando Capez ensina:

Mesmo para quem entende ser a extorsão crime formal (posição tecnicamente mais correta), essa qualidade não impede a incidência da tentativa. Explica-se: a extorsão é crime formal e plurissubsistente, e, assim, comporta um *iter* que pode ser obstado por circunstâncias alheias à vontade do agente. Desse modo, haverá tentativa se a vítima, constrangida pelo emprego da violência ou grave ameaça, não realizar o comportamento ativo ou omissivo por circunstâncias alheias à vontade do agente (*Curso de direito penal*: parte especial. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 2, p. 408).

Por fim, ressalta-se que este é o entendimento desta Corte:

CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO – EXTORSÃO – AGENTE QUE EFETUA LIGAÇÕES EXIGINDO A ENTREGA DE DINHEIRO PARA LIVRAR O ESPOSO DA VÍTIMA DA PRISÃO, SOB PENA DE ATENTAR CONTRA A INTEGRIDADE DE SUA FAMÍLIA – CRIME SUFICIENTEMENTE CONFIGURADO PELA PROVA TÉCNICA E TESTEMUNHAL – ABSOLVIÇÃO INVIÁVEL – DESCLASSIFICAÇÃO PARA TENTATIVA – OFENDIDA QUE NÃO SE SUBMETEU ÀS AMEAÇAS DO AGENTE, PROCURANDO A POLÍCIA LOGO QUE PASSOU A RECEBER OS TELEFONEMAS DO APELANTE – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO (Ap. Crim. n. 2006.001657-5, rel. Des. Irineu João da Silva, j. em 21-2-2006).

[...] TENTATIVA. ALMEJADO RECONHECIMENTO. VÍTIMA QUE NÃO SE SUBMETEU À VONTADE DOS AGENTES NEM SUCUMBIU ÀS AMEAÇAS, TANTO QUE PROCUROU A POLÍCIA. VIABILIDADE. DELITO PARA CUJA CONSU-

MAÇÃO SE FAZ MISTER QUE A VÍTIMA SE SUJEITE AO AGENTE, NÃO OBSTANTE REPUTADO COMO FORMAL. PLEITO ACOLHIDO.

“Embora formal o crime, é indubitosa a possibilidade de ocorrência da tentativa desse crime plurissubsistente, em que há um *iter criminis* a ser percorrido e que, portanto, pode ser interrompido por circunstâncias alheias à vontade do agente. Praticada a violência ou a grave ameaça sem que a vítima a ela se submeta, por qualquer razão, ocorre a tentativa de extorsão” (MIRABETE, Julio Fabbrini, *Código penal interpretado*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 1.173). [...] (Ap. Crim. n. 2006.000133-0, rel. Des. Sérgio Paladino, j. em 21-2-2006).

APELAÇÃO CRIMINAL — EXTORSÃO — CONSUMAÇÃO COM A EFETIVA SUBMISSÃO DA VÍTIMA, QUE PRÁTICA O ATO, COM A OMISSÃO OU A PERMISSÃO IMPOSTA PELO SUJEITO ATIVO — INOCORRÊNCIA — CRIME MERAMENTE TENTADO — RECONHECIMENTO OPERADO *EX OFFICIO*.

O crime de extorsão só se consuma quando a vítima se submete à vontade do agente, fazendo, omitindo ou tolerando aquilo que o criminoso lhe impõe, ou seja, sucumbindo às ameaças do delinqüente.

A classificação do delito de extorsão como crime formal indica apenas que o resultado visado pelo agente, que é a obtenção da vantagem patrimonial, não é necessário para a configuração do crime. É esse o conteúdo da Súmula n. 96 do Superior Tribunal de Justiça [...] (Ap. Crim. n. 2004.000713-2, rel. Des. Subst. José Carlos Carstens Köhler, j. em 4-5-2004).

Portanto, reconhecida a tentativa, resulta imperiosa a adequação da reprimenda fixada.

Na primeira fase da dosimetria conserva-se a análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal efetuada pela Togada, e mantém-se hígida a pena fixada, ou seja, 4 (quatro) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, cada qual no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo

vigente à época dos fatos, *quantum* que permanece inalterado na segunda etapa ante a ausência de agravantes e atenuantes.

Na terceira fase, inexistente causa de aumento. Contudo, há que proceder à diminuição em face do reconhecimento da tentativa.

E, consoante o entendimento jurisprudencial:

A redução especial da pena, na tentativa (e que se opera na terceira fase da dosimetria – art. 68, *caput*, CP), deve levar em direção à consumação do crime, desvinculada das circunstâncias judiciais e legais; a diminuição da pena será maior quando abortada a ação delituosa no seu limiar e menor quando próxima da consumação, como no caso de tentativa cruenta (Ap. Crim. n. 1997.015155-1, de Abelardo Luz, rel. Des. Subst. Nilton Macedo Machado).

In casu, observado o *iter criminis* praticado pelo agente, mais especificamente o fato de que a ameaça perpetrada não chegou a impingir à vítima temor bastante a ponto de ceder à chantagem efetivada, reduz-se a reprimenda em 2/3 (dois terços), restando definitivamente aplicada em 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial aberto, e 3 (três) dias-multa, mantidas as demais cominações da sentença.

É inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos por expressa vedação legal (art. 44, I, do CP), uma vez que o crime foi cometido com grave ameaça a pessoa.

Nesse norte, esta Corte já decidiu:

EXTORSÃO – TENTATIVA [...] IMPOSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS EM FACE DA EXISTÊNCIA DE GRAVE AMEAÇA (Ap. Crim. n. 2004.017296-6, rel. Des. Subst. José Carlos Carstens Köhler).

Perscrutando os pressupostos legais exigíveis para a concessão do *sursis*, verifica-se que o apelante faz jus à suspensão da reprimenda corporal,

porquanto satisfaz as exigências objetivas (não é reincidente) e subjetivas, circunstâncias judiciais são favoráveis a ele.

Desse modo, cumpridos os pressupostos estatuídos no artigo 77 do Código Penal, é imperiosa a concessão de suspensão da pena privativa de liberdade pelo prazo de 2 (dois) anos, sob a condição de, no primeiro ano, prestar serviços à comunidade (art. 78, § 1º), em entidade a ser designada pelo juízo da execução.

DECISÃO

Pelo exposto, dá-se parcial provimento ao recurso para reconhecer a tentativa e adequar a reprimenda para 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial aberto, e 3 (três) dias-multa, cada qual no valor de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos, concedendo ao recorrente a suspensão da pena pelo período de 2 (dois) anos, nos moldes do art. 77 do Estatuto Repressivo.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Solon d'Eça Neves. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Anselmo Agostinho da Silva.

Florianópolis, 26 de junho de 2007.

Amaral e Silva
PRESIDENTE, COM VOTO

Tulio Pinheiro
RELATOR

SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL

APELAÇÕES CRIMINAIS

Apelação Criminal n. 2006.048762-6, de Criciúma

Relator: Des. Sérgio Paladino

APELAÇÃO CRIMINAL. NULIDADE POSTERIOR À PRO-
NÚNCIA SUSCITADA PELO *DOMINUS LITIS*. ADVOGADO
QUE DURANTE OS DEBATES EM Plenário EXPÕE FATO
NÃO CONSTANTE DOS AUTOS. TESTEMUNHO PRÓPRIO.
DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA DA RÉ PARA AMEAÇA.
PREJUÍZO EVIDENCIADO. EIVA VERIFICADA.

“O defensor não pode, em Plenário, transformando-se em
autêntica testemunha de defesa, dar testemunho pessoal sobre
fato não constante do processo e a partir do qual fundamentou-
se a absolvição do réu, porquanto surpreendida e prejudicada a
acusação” (Ap. Crim. n. 99.014270-1, de Itajaí, rel. Des. Nilton
Macedo Machado).

PROCESSUAL PENAL. TRIBUNAL DO JÚRI. HOMICÍDIO
DUPLAMENTE QUALIFICADO. MOTIVO TORPE E SURPRE-
SA. DESCLASSIFICAÇÃO PELO CONSELHO DE SENTENÇA,
EM RELAÇÃO À RÉ, PARA O CRIME DE AMEAÇA. RECURSO
DO REPRESENTANTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO ALME-
JANDO A DECLARAÇÃO DE NULIDADE DO JULGAMENTO.
DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS
AUTOS. ARGUMENTO PROCEDENTE. PROVIMENTO. APE-
LO INTERPOSTO PELA ACUSADA PREJUDICADO.

Se o veredicto dos jurados apresenta-se inteiramente divorciado dos elementos de convicção existentes no processo, impõe-se a declaração da respectiva nulidade a fim de que se promova novo julgamento. Em consequência, fica o apelo interposto pela ré prejudicado.

INCONFORMISMO DO PROMOTOR DE JUSTIÇA CONTRA A DOSIMETRIA DA PENA APLICADA AO RÉU. ALMEJADA MAJORAÇÃO DA REPRIMENDA BÁSICA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. VIABILIDADE.

Se as circunstâncias judiciais não favorecem o réu, viabiliza-se o aumento da pena-base.

APELO DO RÉU. SANÇÃO. PRETENDIDA NULIDADE DO JULGAMENTO EM VIRTUDE DO NÃO-RECONHECIMENTO DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. ALEGADA DECISÃO CONTRÁRIA ÀS PROVAS DOS AUTOS. ATENUANTE QUE NEM SEQUER FOI SUBMETIDA AOS JURADOS, QUE VOTARAM E NEGARAM A EXISTÊNCIA DE ATENUANTE GENÉRICA. PREFACIAL REPELIDA.

Não contraria as provas dos autos a circunstância de não se haver reconhecido a confissão espontânea do réu quando nem sequer foi submetida ao Conselho de Sentença, que votou e negou a existência tão-somente de atenuante genérica.

POSTULADO RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. RÉU QUE ADMITE A AUTORIA DOS DISPAROS, TODAVIA ALEGA A EXCLUDENTE DE ILICITUDE DA LEGÍTIMA DEFESA. IMPOSSIBILIDADE DE ESTA SER RECONHECIDA. DESPROVIMENTO.

“A pena é atenuada quando o agente confessa espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime. Beneficia-se o autor do ilícito como estímulo à verdade processual, não se exigindo, como na lei anterior, que o ilícito seja de autoria ignorada ou

imputada a outrem. Não basta, porém, a simples confissão para que se configure a atenuante; exige a lei que seja ela espontânea, de iniciativa do autor do crime, e que seja completa e movida por um motivo moral, altruístico, demonstrando arrependimento. Na jurisprudência, porém, tem-se aceitado a atenuante quando o acusado confessa o crime em seu interrogatório. De outro lado, não se configura a atenuante quando o agente, confessando a autoria, alega causa justificativa ou dirimente” (MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código penal interpretado*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 517).

REPRIMENDA. EXECUÇÃO. ALMEJADA ESTIPULAÇÃO DO REGIME INTEGRALMENTE FECHADO. DECISÃO RECENTE DA SUPREMA CORTE QUE PASSOU A ADMITIR A PROGRESSÃO. PLEITO INADMISSÍVEL.

A progressão do regime de cumprimento da pena infligida em razão do cometimento de crime hediondo passou a ser admitida a partir de decisão recente da Suprema Corte (HC n. 82.959, julgado em 23-2-2006).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2006.048762-6, da comarca de Criciúma (1ª Vara Criminal), em que são apelantes e apelados a Justiça, por seu Promotor, Célio Urbano e Rita Ize Rosa Sartor, e interessado o assistente do Ministério Público:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por unanimidade, prover, parcialmente o recurso do *dominus litis* para anular o julgamento em relação a Rita e determinar que a outro seja submetida, restando prejudicado o recurso por ela interposto, e, ainda, para majorar a pena-base aplicada a Célio; e negar provimento ao apelo do réu. Custas na forma da lei.

Na comarca de Criciúma, o representante do Ministério Público ofereceu denúncia contra Célio Urbano e Rita Ize Rosa Sartor, dando-os como incurso nas sanções do art. 121, § 2º, incisos I e IV, do Código Penal, combinado, ainda, com os arts. 29 e 61, inciso II, alínea *e*, ambos do mesmo diploma legal, em razão dos fatos assim descritos, *ipsis verbis*:

Consta do presente caderno que a denunciada RITA IZE ROSA SARTOR era casada com a vítima Clésio Sartor (Certidão de Casamento de fl. 26-IP), sendo que ela, desde fevereiro de 2004, mantinha um relacionamento extraconjugal com o co-denunciado CÉLIO URBANO.

Para que os amantes pudessem se relacionar abertamente e sem qualquer objeção por parte da vítima, aliado ao fato de que esta possuía um seguro de vida, tendo como uma das beneficiárias a sua esposa RITA, os denunciados planejaram, então, a morte de Clésio Sartor.

Assim, previamente combinados e unidos através de elo subjetivo, com *animus necandi*, decidiram que a vítima seria morta na noite de 9 de setembro de 2004.

Naquele dia, no final da tarde, RITA buscou o seu comparsa CÉLIO na casa deste, situada no Distrito do Rio Maina, a fim de que pudessem por em prática o plano macabro.

Já por volta das 18 horas, como de costume, a vítima chegou em casa, no Bairro Próspera, neste município de Criciúma/SC, tomou banho e arrumou-se para se encontrar com amigos, como fazia todas as quintas-feiras, para um jogo de bocha.

Sucedeu que RITA combinou com CÉLIO para que este esperasse a vítima sair de casa, quando deveria, então, matá-la, tendo aquele (CÉLIO) se escondido nas imediações da morada.

Dito e feito!

Quando Clésio deixou a casa, por volta das 19h30min, e se dirigiu até o seu veículo GM/S-10, placa MAT 2725, o denunciado CÉLIO, agindo de surpresa, empunhando um revólver .38 (arma de fogo não apreendida), abordou o infeliz e ordenou para que ele entrasse na camioneta, tomasse assento no banco do caroneiro e colocasse as suas mãos por sobre o painel, no que foi obedecido.

Neste momento, agindo de forma a dificultar qualquer defesa por parte da vítima, CÉLIO calçou a sua arma contra a região retro-auricular esquerda e desferiu um tiro contra a cabeça de Clésio. Não satisfeito, desferiu mais um tiro contra a região supra-auricular esquerda da vítima, causando-lhe as lesões corporais descritas no Laudo Pericial – Exame Cadavérico de fls. 96-97, que foram causa bastante e eficiente da morte de Clésio Sartor.

Após, o denunciado CÉLIO ligou o veículo GM/S-10, e, com a vítima já morta no banco do caroneiro, rumou até o vizinho município de Içara, onde abandonou a camioneta, com o cadáver em seu interior, na Estrada Geral da Linha Três Ribeirões (jogando fora a carteira e celular da vítima para simular a ocorrência de um assalto).

Ato contínuo, através do aparelho celular, ligou para a co-denunciada RITA, que lhe foi buscar com seu veículo no local onde o seu comparsa lhe aguardava.

O crime de homicídio foi praticado mediante motivo torpe, haja vista que a vítima foi morta para não impedir / atrapalhar o romance entre os denunciados. A torpeza também está caracterizada no fato de que a morte da vítima foi planejada para a finalidade de receberem o valor obtido com o seu seguro de vida.

Foi, igualmente, perpetrado mediante recurso que dificultou a defesa do ofendido, o qual foi tomado de surpresa por seus agressores.

Finalmente, verificamos que a denunciada RITA era cônjuge da vítima Clésio (fls. 2-5).

Recebida a denúncia, o Dr. Juiz de Direito decretou a prisão preventiva dos acusados (fls. 273-274).

Interrogados (fls. 287-290), os réus apresentaram as defesas prévias, em que postularam a produção de prova oral (fls. 304-308), requerendo, também, sem sucesso, a revogação da custódia cautelar.

Na oportunidade, os irmãos da vítima habilitaram-se como assistentes do Ministério Público, pedido acolhido pelo Magistrado após a manifestação favorável do Dr. Promotor de Justiça.

Inquiridas cinco das testemunhas arroladas na exordial (fls. 336-345 e 488-489) e seis das indicadas nas peças de resistência (fls. 371-375 e 390), desistiram as partes das remanescentes.

Ofertadas as derradeiras alegações, por memoriais e na ordem legal (fls. 393-397 e 399-448), o Dr. Juiz de Direito proferiu a sentença, por intermédio da qual julgou admissível a denúncia e pronunciou Célio como incurso nas sanções do art. 121, § 2º, incisos I e IV, do Código Penal, e Rita nas sanções do art. 121, § 2º, incisos I e IV, combinado com os arts. 29 e 61, inciso II, alínea *e*, todos do mesmo diploma legal (fls. 451-457).

Ofertados os libelos acusatórios (fls. 469-472) e as respectivas contrariedades (fls. 495-496 e 501-502), a advogada contratada pelos irmãos da vítima para representá-los como assistente do Ministério Público renunciou ao mandato, deixando-os cientes da decisão (fl. 493).

Cumpridas as demais formalidades legais, na data designada para a sessão do julgamento, o Magistrado tomou conhecimento do falecimento do pai da ré, motivo pelo qual determinou, então, a cisão do processo em relação a ela, realizando-se somente quanto ao réu.

Célio, pois, foi submetido a julgamento perante o Tribunal do Júri, cujo Conselho de Sentença, por maioria de votos, o reconheceu como autor dos disparos que provocaram a morte da vítima; também, por discrepância na votação, afastou a tese da legítima defesa e do homicídio privilegiado; por maioria, acolheu as qualificadoras do motivo torpe e do recurso que dificultou a defesa da vítima; e, por fim, afastou, com divergência na votação, a existência de circunstâncias agravantes e atenuantes (fls. 542-544).

O Dr. Juiz de Direito, então, proferiu a sentença e condenou Célio à pena de 15 (quinze) anos de reclusão, para cujo resgate estabeleceu o regime inicialmente fechado, pela prática do crime no art. 121, § 2º, incisos I e IV, do Código Penal, negando-lhe, por fim, o recurso em liberdade (fls. 545-546).

Irresignado, o *dominus litis* e o réu apelaram. O primeiro pugna a majoração da pena-base e a fixação do regime integralmente fechado para o cumprimento da reprimenda (fls. 574-578). O outro objetiva a anulação do julgamento, à consideração de que o não-reconhecimento da atenuante da confissão espontânea contrariou as provas dos autos. Alternativamente, requer a diminuição da pena pela incidência da respectiva minorante (fls. 592-598).

Na seqüência, realizou-se o julgamento de Rita, no qual o Conselho de Sentença, por unanimidade, reconheceu a materialidade do homicídio e, por maioria de votos, a co-autoria; também, com discrepância na votação, reconheceu que ela quis participar apenas de delito menos grave; por fim, entendeu, com votação divergente, que, embora ela tenha querido participar de crime menos grave, era previsível o mais gravoso (fls. 625-626).

Diante disso, o Magistrado sentenciou e condenou Rita à pena de 3 (três) meses e 15 (quinze) dias de detenção, por violação ao art. 147 combinado com o art. 29, § 2º, ambos do estatuto repressivo, e determinou, por derradeiro, a sua soltura (fls. 627-628).

Inconformados, o Dr. Promotor de Justiça e a ré recorreram. Aquele pretende a declaração de nulidade do julgamento para que a outro seja a ré submetida, à consideração de que o advogado da acusada, em plenário, prestou testemunho pessoal de fato não constante no processo, o que acarretou prejuízo para a acusação. Outra eiva constatada refere-se ao fato de a decisão haver contrariado frontalmente a prova dos autos, pois, segundo as provas, não há dúvida de que a acusada aderiu à vontade do co-réu, participando ativamente do homicídio (fls. 655-665). A ré, por sua vez, pugna a nulidade da sentença, ao argumento de que a denúncia pelo crime de ameaça exige prévia representação, circunstância inexistente no caso concreto, e por isso o processo deve permanecer em cartório aguardando o prazo decadencial (fls. 672-674).

Com as contra-razões (fls. 637-640, 651-654, 667-670 e 676-681), ascenderam os autos a esta Corte e a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer do Dr. Demétrio Constantino Serratine, manifestou-se pelo conhecimento dos recursos e provimento tão-somente do interposto pelo representante do Ministério Público (fls. 686-697).

É o relatório.

Procede a insurreição do *dominus litis* que visa à declaração de nulidade do julgamento de Rita, tanto pelo primeiro quanto pelo segundo fundamento, porquanto configurou-se eiva posterior à pronúncia quando o defensor, por ocasião dos debates, em plenário, deu seu testemunho, mencionando a opinião do administrador do presídio, o qual confiava tanto na absolvição da acusada que até já havia colocado outra detenta para substituí-la nos seus afazeres (fl. 632).

Por certo que o testemunho influenciou na decisão dos jurados, tanto que ocorreu a desclassificação da conduta atribuída à ré para o delito de ameaça, evidenciando-se, pois, prejuízo à acusação.

Em hipótese assemelhada, decidiu nosso Tribunal:

O defensor não pode, em Plenário, transformando-se em autêntica testemunha de defesa, dar testemunho pessoal sobre fato não constante do processo e a partir do qual fundamentou-se a absolvição do réu, porquanto surpreendida e prejudicada a acusação (Ap. Crim. n. 1999.014270-1, de Itajaí, rel. Des. Nilton Macedo Machado).

Da mesma forma, a desclassificação acolhida pelo Conselho de Sentença não encontra apoio no conjunto probatório.

Com efeito, os autos revelam que Rita anuiu à vontade subjetiva do co-réu de matar o marido. Foi com a ajuda dela que Célio abordou a vítima, desferiu os disparos fatais, levando-a na camioneta desta, já sem vida, para a vizinha cidade de Içara, onde abandonou o veículo e o ca-

dáver, telefonando, em seguida, para a acusada, que foi buscá-lo no local combinado.

Após, Rita, de maneira dissimulada e na companhia de um dos filhos, mesmo sabendo da morte de seu marido, foi ao supermercado como se nada tivesse ocorrido.

Embora não tivesse praticado atos materiais de execução, Rita auxiliou e nada fez para impedir a morte do marido, não se enquadrando sua conduta, pois, no mero crime de ameaça.

De fato, Rita levou aproximadamente cinco meses para admitir que Célio havia matado seu marido, negando nos primeiros depoimentos até mesmo o relacionamento extraconjugal que mantinha com aquele (fls. 40-42, 109 e 213-214). Somente na última declaração, prestada perante a autoridade policial, a ré relatou os detalhes da empreitada, evidenciando-se deles a sua efetiva anuência à conduta do amante (fls. 219-222).

Portanto, em face disso, não se pode afirmar que os jurados, ao considerarem que Rita quis participar somente de delito menos grave, acolheram uma das versões existentes no processo.

Inviabilizava-se, assim, o reconhecimento da participação em crime menos grave com a previsibilidade do mais gravoso, razão pela qual a desclassificação operada pelo Júri contraria frontalmente a prova dos autos.

Nem se cogite de afronta à soberania das decisões do Tribunal Popular, pois, como ditou o Excelso Pretório:

A soberania dos veredictos do Júri — não obstante a sua extração constitucional — ostenta valor meramente relativo, pois as manifestações decisórias emanadas do Conselho de Sentença não se revestem de intangibilidade jurídico-processual.

A competência do Tribunal do Júri, embora definida no texto da Lei Fundamental da República, não confere a esse órgão especial da Justiça comum o exercício de um poder incontestável e ilimi-

tado. As decisões que dele emanam expõem-se, em conseqüência, ao controle recursal do próprio Poder Judiciário, a cujos Tribunais compete pronunciar-se sobre a irregularidade dos veredictos.

A apelabilidade das decisões emanadas do Júri, nas hipóteses de conflito evidente com prova dos autos, não ofende o postulado constitucional que assegura a soberania dos veredictos desse Tribunal Popular. Precedentes (RTJ 139/891).

Assiste razão, igualmente, ao Dr. Promotor de Justiça quanto à elevação da pena-base fixada a Célio, porquanto se verifica que a culpabilidade e as circunstâncias do crime não o favorecem, por isso que não poderia ser estabelecida no mínimo legal.

A culpabilidade, na espécie, exige maior reprovação, visto que o delito foi premeditado. Nesse sentido, leciona Damásio de Jesus que

o CP se refere à culpabilidade do agente como primeiro critério diretivo de fixação da pena, indicando o grau de censurabilidade da conduta: quanto mais reprovável, maior deve ser a pena (a culpabilidade é a medida da pena) (*Direito penal*. 24. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001. v. 1, parte geral, p. 556).

Da mesma forma, as circunstâncias que permearam o crime autorizam a estipulação da pena-base acima do mínimo legal, porquanto, como asseverou o Dr. Promotor de Justiça,

exemplo disso é o fato de o acusado aguardar por longo tempo nas cercanias da casa da vítima, até esta sair, quando tinha informação preliminar sobre seu hábito de jogar bocha nas quintas-feiras (dia em que ocorreu o crime). Também é “circunstância” que merece reprovação adicional o fato de ter executado a vítima dentro de seu próprio veículo e, depois, friamente, tê-la conduzido para local ermo, fazendo parecer um latrocínio, “desovando” o cadáver em situação que tenderia a apontar a autoria do crime para outra direção (fl. 577).

Diante disso, acresce-se de 2 (dois) anos a pena-base de 12 (doze) anos estabelecida pelo Magistrado, a qual, somada com os 3 (três) anos provenientes do reconhecimento de uma das qualificadoras como agra-

vante, monta, nesta fase da dosimetria, 17 (dezesete) anos de reclusão, estabelecendo-a definitivamente neste montante diante da ausência, na terceira fase, de circunstâncias modificadoras.

De outra banda, não há falar em nulidade do julgamento por decisão contrária às provas dos autos pelo fato de não se ter reconhecido a atenuante da confissão espontânea, conforme suscitado por Célio, uma vez que o quesito nem sequer foi submetido ao Conselho de Sentença, nada constando da ata do Júri sobre irresignação manifestada pela defesa.

Ademais, inexistiu confissão espontânea, já que o réu negou o fato num primeiro momento confessando tão-somente a autoria dos disparos depois que Rita deu sua versão final à autoridade policial. Alegou, contudo, que o fez em legítima defesa, caracterizando-se, assim, a chamada confissão qualificada, que não acarreta a diminuição da pena.

A esse respeito, assinala Julio Fabbrini Mirabete:

A pena é atenuada quando o agente confessa espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime. Beneficia-se o autor do ilícito como estímulo à verdade processual, não se exigindo, como na lei anterior, que o ilícito seja de autoria ignorada ou imputada a outrem. Não basta, porém, a simples confissão para que se configure a atenuante; exige a lei que seja ela espontânea, de iniciativa do autor do crime, e que seja completa e movida por um motivo moral, altruístico, demonstrando arrependimento. Na jurisprudência, porém, tem-se aceitado a atenuante quando o acusado confessa o crime em seu interrogatório. De outro lado, não se configura a atenuante quando o agente, confessando a autoria, alega causa justificativa ou dirimente (*Código penal interpretado*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 517).

A esse respeito, decidiu o Supremo Tribunal Federal:

CONFISSÃO ESPONTÂNEA -- Circunstância atenuante -- Inadmissibilidade -- Hipótese em que o réu não assinala certos caracteres do fato criminoso -- Caracterização de confissão qualificada.

Ementa da Redação: Não deve ser considerada na fixação da pena a atenuante da confissão espontânea prevista no art. 65, III, *d*, do CP, se no interrogatório do réu este não assinala certos caracteres do fato criminoso, ou seja, limita-se à confissão qualificada (RT 741/558).

A imposição do regime integralmente fechado para o resgate da reprimenda imposta a Célio, perseguida pelo órgão do Ministério Público, não merece guarida, uma vez que foi admitida a progressão do regime de cumprimento da pena infligida em razão do cometimento de crime definido como hediondo a partir da decisão proferida pela Suprema Corte, nos autos do *HC* n. 82.595, julgado em 23-2-2006. Mantém-se, assim, o veredicto, de modo que se inicie a respectiva execução no fechado.

Por derradeiro, como conseqüência da anulação do júri de Rita, fica prejudicada a análise do apelo por ela interposto.

Ante o exposto, proveu-se parcialmente o recurso do *dominus litis* para declarar a nulidade do veredicto e determinar que Rita seja submetida a novo julgamento, bem assim para majorar a pena aplicada a Célio; negou-se provimento ao apelo interposto pelo réu, reputando-se prejudicado o da ré.

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Irineu João da Silva e Torres Marques. Emitiu parecer, pela douta Procuradoria Geral de justiça o Exmo. Sr. Dr. Demétrio Constantino Serratine.

Florianópolis, 27 de março de 2007.

Sérgio Paladino
PRESIDENTE E RELATOR

Apelação Criminal n. 2007.002733-7, de Santa Rosa do Sul

Relator: Des. Subst. Carstens Köhler

PROCESSUAL PENAL – PROLAÇÃO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA ANTES DA DEVOLUÇÃO DE CARTA PRECATÓRIA PARA INQUIRÇÃO DE TESTEMUNHA ELENCADE PELA DEFESA – POSSIBILIDADE – INTELIGÊNCIA DO ART. 222 DO CPP – CERCEAMENTO INEXISTENTE – NULIDADE AFASTADA.

ALEGADA NULIDADE DO *DECISUM* PELA UTILIZAÇÃO DE PROVA ILÍCITA – IMPROCEDÊNCIA – CONFIGURAÇÃO DA EXISTÊNCIA DE DELITO PERMANENTE QUE PERMITE O INGRESSO LEGAL EM RESIDÊNCIA ALHEIA PELA SITUAÇÃO DE FLAGRÂNCIA – PERÍCIA, ADEMAIS, REALIZADA NA FORMA ESTABELECIDADA NA LEGISLAÇÃO PROCESSUAL PENAL – FOTOGRAFIAS JUNTADAS AO LAUDO PERICIAL QUE NEM SEQUER FORAM UTILIZADAS PARA A EXPEDIÇÃO DA CONDENAÇÃO – APLICAÇÃO DO ART. 566 DO CPP – EIVA REPELIDA.

FURTO DE ENERGIA ELÉTRICA – USO DE FRAUDE – AUTORIA E MATERIALIDADE PATENTEADAS ÀS ESCÂNCARAS – AGENTE QUE SE UTILIZAVA DE APARELHO CLANDESTINO PARA DESVIAR A CORRENTE ELÉTRICA DO MEDIDOR VISANDO REDUZIR O CONSUMO DE SUA ATIVIDADE EMPRESARIAL – EXAME PERICIAL CONCLUSIVO – CORROBORAÇÃO POR ABUNDANTE PROVA TESTEMUNHAL – INVIABILIDADE DE DESCLASSIFICAÇÃO DA INFRAÇÃO PARA SUA FORMA SIMPLES – PRECEDENTES – EDITO CONDENATÓRIO MANTIDO.

PLEITO DE RECONHECIMENTO DA FORMA PRIVILEGIADA – NÃO ACOLHIMENTO – PREJUÍZO VULTOSO QUE IMPEDE A CONCESSÃO DA BENESSE.

DOSIMETRIA – IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DE PROCESSOS EM ANDAMENTO E DE PROCESSOS SUSPENSOS CONDICIONALMENTE COMO MAUS ANTECEDENTES – MOTIVOS RELACIONADOS AO LUCRO FÁCIL INERENTES AO TIPO PENAL – MINORAÇÃO DA PENA QUE SE IMPÕE – VIABILIDADE DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS PELO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS INSCULPIDOS NO ART. 44 DO ESTATUTO REPRESSIVO.

RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2007.002733-7, da comarca de Santa Rosa do Sul, em que é apelante Rosiane Cardoso e apelado o Ministério Público, por seu Promotor:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, rejeitar as preliminares e dar provimento parcial ao recurso. Custas na forma da lei.

RELATÓRIO

A representante do Ministério Público oficiante na comarca de Santa Rosa do Sul ofereceu denúncia – Autos n. 069.01.004488-2 – contra Robson Cardoso e Rosiane Cardoso, dando-os como incurso nas sanções previstas no artigo 155, §§ 3º e 4º, inciso II, *c/c* o artigo 71, *caput*, ambos do Código Penal, pelos seguintes fatos assim descritos na proemial acusatória às fls. 2-3:

O primeiro denunciado foi sócio-gerente da empresa Madrid Revestimentos Cerâmicos Ltda. de fevereiro de 1998 até outubro do ano transacto, quando, então, referido estabelecimento passou a ser administrado ampla e irrestritamente pela denunciada Rosiane Cardoso.

Ocorre que em 25 de junho do ano corrente, funcionários da Celesc, após receberem informações de que na aludida empresa, situada no município de Santa Rosa do Sul, nesta Comarca, estaria ocorrendo desvio de energia elétrica, para lá se dirigiram, ocasião em que restou constatado pelos peritos que acompanhavam a diligência a existência de dois aparelhos estrategicamente instalados sobre os TCs de números 1 (um) e 4 (quatro), de forma a desviar parte da passagem da corrente elétrica, impedindo, desta forma, que o medidor registrasse o devido consumo (laudo pericial de fls. 15-18).

De se salientar que referida prática delituosa data desde o mês de abril de 2000, oportunidade em que o referido estabelecimento era administrado pelo denunciado Robson Cardoso, haja vista o baixo consumo de energia elétrica registrado no aludido mês, bem como em todos os meses subseqüentes, inclusive em novembro de 2000, quando já gerenciava a empresa a denunciada Rosiane Cardoso. O consumo somente normalizou-se em março, abril e maio do ano corrente, voltando, porém, a cair consideravelmente nos meses de junho e julho, conforme se infere do demonstrativo de fl. 20, sendo facilmente verificável que a fraude empreendida, a qual garantia a subtração da energia, implicou prejuízo de elevada monta à empresa fornecedora.

Regularmente processado o feito, o Magistrado julgou parcialmente procedente a denúncia (fls. 186-195) para absolver Robson Cardoso das imputações que lhe foram atribuídas no pórtico inaugural acusatório, com fundamento no inciso VI do artigo 386 do Código de Processo Penal, bem como para condenar Rosiane Cardoso ao cumprimento da pena de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, inicialmente em regime aberto, e ao pagamento de 12 (doze) dias-multa, cada qual no valor do maior salário mínimo vigente ao tempo dos fatos, por infração ao artigo 155, §§ 3º e 4º, inciso II, do Estatuto Repressivo, com o direito de recorrer em liberdade.

Inconformada com a prestação jurisdicional entregue, apelou a ré Rosiane à fl. 199, cujas razões recursais encontram-se acostadas às fls. 200-228, nas quais defende, preliminarmente, nulidade absoluta do feito em

face do cerceamento de defesa decorrente da não-oitiva de uma testemunha arrolada nas alegações preliminares, bem como utilização de prova ilícita para a expedição do decreto condenatório.

No mérito, sustenta que não há provas da materialidade e da autoria da infração e que deve a dúvida prevalecer em seu favor, motivo pelo qual busca sua absolvição ou, sucessivamente: a) a desclassificação do delito de furto para sua forma simples; b) o reconhecimento de furto privilegiado; c) a minoração da reprimenda para o mínimo legal; e d) a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Com as contra-razões (fls. 237-242), ascenderam os autos a este grau de jurisdição, e a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer lavrado pelo doutor Robison Westphal (fls. 250-259), opinou pelo desprovimento do apelo.

VOTO

O inconformismo merece lograr parcial êxito.

De início, razão falece à defesa quando sustenta que o processo seria nulo em face da não-oitiva de uma testemunha por si arrolada.

Isso porque, diversamente do que quer fazer crer o causídico, em duas diferentes oportunidades tentou-se a intimação por precatória do referido testigo: na primeira ocasião foi certificado pelo oficial de justiça à fl. 102-verso que Valdeci não fora localizado no endereço indicado no mandado, fornecido pelo defensor à fl. 51, razão pela qual o Magistrado determinou à fl. 104 que fosse fornecido o endereço correto da testemunha, de modo que aportou a petição de fl. 10, a qual confirmou que o endereço era aquele anteriormente oferecido na defesa prévia.

Com base nessa informação, foi expedida nova deprecata para a comarca de Araranguá em 2-6-04 (fl. 125), na qual constou o prazo de 30

(trinta) dias para o seu cumprimento, e foi a defesa devidamente intimada de sua expedição (fls. 121-122).

Na seqüência, foi certificado à fl. 158-verso que Valdeci não mais residia naquela localidade e que poderia ser encontrado na comarca de Sombrio, motivo pelo qual sobreveio nova decisão judicial, dessa vez prolatada pelo Juiz de Direito da comarca de Araranguá em 7-12-04 (fl. 160 verso), que determinou que a carta precatória fosse devidamente encaminhada àquela Comarca, em face de sua natureza itinerante, circunstância essa informada ao Togado oficiante em Santa Rosa do Sul (fl. 145).

O que se conclui desses fatos é que o Julgador nada mais fez do que prolatar a sentença independentemente do retorno da deprecata, como possibilita o comando estabelecido no art. 222, § 2º, do Código de Processo Penal, *in verbis*: “Findo o prazo marcado, poderá realizar-se o julgamento, mas, a todo tempo, a precatória, uma vez devolvida, será junta aos autos”.

Constata-se, com isso, que não há cerceamento de defesa no fato alegado, já que o Juiz *a quo*, ao determinar o prosseguimento do feito, apenas fez uso de uma prerrogativa que lhe é conferida pelo nosso Diploma Processual Penal, porquanto, enfatize-se, já havia muito ultrapassado o prazo de 30 (trinta) dias para o cumprimento da referida precatória.

Sobre a matéria, informa Ada Pellegrini Grinover *et alii* que “a jurisprudência, de regra, entende que, vencido o prazo marcado para cumprimento da precatória, o magistrado, para proferir sentença, não está obrigado a aguardar a sua juntada: RT 455/411, 371/166 e 369/61, JTACrim 55/171 e 21/137” (*As nulidades no processo penal*. 7. ed. Revista dos Tribunais, 2001. p. 157).

De fato, acerca dessa questão, os tribunais pátrios têm-se posicionado no sentido de que o juiz não é obrigado a aguardar, indefinidamente, o retorno da carta precatória, havendo um prazo estabelecido para tanto, o

qual precisa ser obedecido, sob pena de influir na própria persecução penal do Estado, já que tal providência não interrompe ou sequer suspende o prazo prescricional, acarretando a ineficácia da jurisdição penal.

De mais a mais, as precatórias podem ser juntadas ao processo a qualquer tempo, mesmo após a sentença ou até já tendo se verificado o seu trânsito em julgado, o que constitui, nessa hipótese, caso seu conteúdo seja benéfico ao réu, fundamento para interposição de revisão criminal.

O saudoso Julio Fabbrini Mirabete, comentando o referido dispositivo, lecionava que “a precatória deve ser expedida com prazo para seu cumprimento no juízo deprecado, mas não suspenderá o andamento do processo. Assim, ainda que não devolvida, se escoado o referido prazo, o feito pode ser sentenciado” (*Código de processo penal interpretado*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 592).

Ainda, é válido citar o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual “a prolação da sentença, sem o retorno das cartas precatórias, não acarreta, por si, nulidade. Inteligência do art. 222, § 2º, do CPP” (*HC n. 32.530/SP*, Min. Paulo Medina, julgada em 1º-3-05).

No mesmo sentido o Recurso Especial n. 42.2719/AC, Min. Hamilton Carvalhido, julgado em 25-11-03:

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – PRONÚNCIA – JUNTADA DE PRECATÓRIA APÓS O OFERECIMENTO DE ALEGAÇÕES FINAIS – INEXISTÊNCIA DE NULIDADE.

A expedição de precatória não obsta o encerramento da instrução criminal, com possibilidade de juntada daquela aos autos, inclusive, após a sentença, quando devolvida, segundo inteligência do art. 222, § 1º e 2º, do CPP.

E do corpo do julgado colhe-se elucidativa afirmação:

Ao que se tem, a lei, ela mesma, permite ao órgão julgador prosseguir na instrução criminal, ainda que pendente a devolução de carta precatória, devendo esta ser juntada aos autos a qualquer tempo.

Determinando, assim, o prosseguimento da instrução criminal, ao contrário de violar a lei federal, deu-lhe, o magistrado de primeiro grau, exato cumprimento.

De outro vértice, em relação ao argumento de nulidade da sentença pela utilização de prova ilícita, melhor sorte não assiste à insurgente, uma vez que, diversamente do que fora consignado nas razões recursais, a infração imputada a ela – furto de energia elétrica em continuidade delitiva –, da maneira que estava sendo cometida, possuía natureza permanente, o que equivale dizer que a sua consumação e, conseqüentemente, a situação de flagrância estavam se prolongando no tempo.

E, estando caracterizado o flagrante, afigura-se possível o ingresso em propriedade alheia, de forma que é desnecessária a expedição de mandado judicial, que a defesa insiste ser imprescindível.

Aliás, não é demais aditar que a circunstância de não ter havido a prisão em flagrante da ré não descaracteriza a hipótese prevista no art. 302 do CPP, porquanto a detenção era possível no caso concreto, o que faz concluir que a diligência promovida está em estrita consonância com o ditame previsto no inciso XI do artigo 5º da “Carta da Primavera”.

Vale consignar, também, que as fotografias que a defesa julga serem inválidas e imprestáveis como meio de prova nem sequer foram utilizadas para a expedição do decreto condenatório – “No mais, comprovado o fato típico através da perícia extrajudicial corroborada por prova testemunhal produzida em Juízo, torna-se *despicienda qualquer discussão acerca da autenticidade das fotografias acostadas*” (fl. 192, grifou-se) –, pelo que é aplicável na espécie a regra insculpida no art. 566 do Pergaminho Adjetivo Penal.

Além disso, a perícia que a recorrente também julga ser inválida não se encontra eivada de nenhuma mácula, já que confeccionada na forma estabelecida na lei processual penal, uma vez que realizada por dois peritos criminalísticos – Roberto Lummertz e Mariluce Costa Gonçalves (fl. 21)

–, cujas declarações gozam de presunção de legitimidade e só podem ser desacreditadas por provas em sentido contrário, ônus de que a defesa não se desincumbiu. Consta do referido exame a descrição minuciosa do que fora aferido no local dos fatos, se não, confira-se:

Foi realizado exame visual e levantamento fotográfico da referida subestação citada, em companhia dos técnicos em elétrica da Celesc Clóvis Caporal e Luiz Carlos dos Santos onde foi constatado que dois aparelhos foram colocados nos TC um e quatro respectivamente (vide fotos) determinando a passagem por eles desviando-a do relógio medidor fazendo com que o consumo não fosse registrado, conforme foi constatado na leitura do relógio naquele momento (fls. 20-21).

A simples leitura dessa conclusão a que chegaram os vistoros revela, de igual maneira, que era dispensável o manuseio do equipamento, o que poderia até causar risco de morte, como afirmado no depoimento de fl. 63, de modo que bastava, para o fim a que se propõe a perícia, a simples constatação da colocação do vulgar aparelho clandestino, circunstância que poderia ser percebida até mesmo por pessoa leiga no assunto.

Por esses argumentos, afastam-se as preliminares aventadas.

No mérito, a questão reveste-se de singeleza franciscana, porquanto existem provas mais do que suficientes da materialidade da infração – boletim de ocorrência de fl. 8, laudo pericial de fls. 20-21 e vários depoimentos das testemunhas que presenciaram a existência dos equipamentos fraudulentos, como se verá –, bem como de sua autoria, que é descortinada às escâncaras pelas declarações coerentes e harmônicas dos testigos que realizaram a constatação das irregularidades. Pode-se colher dos principais detalhes dos seus minudentes depoimentos judiciais:

que nos equipamentos de medição, transformadores de corrente e tensão, que têm a função de reduzir a corrente, para possibilitar a medição nos medidores; foi colocado um objeto, que foi apelidado de “chapéu”, que desviava parte da corrente, o que fazia com que o medidor não marcasse parte da corrente que deveria ser medida; que

encontrou o equipamento na cerâmica de propriedade dos réus e também em outra cerâmica; [...] que ao fazerem a fiscalização fazem a medição da corrente e pode-se constatar que parte da corrente passa sem ser medida; [...] que o equipamento não foi retirado de cima dos transformadores, já que houve resistência e então deixaram lá; que o perito não manuseou o equipamento, pois estava ligado e é uma área de risco, o único contato que ele teve foi visual [...] (Clovis Luiz Caporal, Gerente da Agência da Celesc de Sombrio à época dos fatos – fls. 63-64).

que o depoente é funcionário da Celesc; que o depoente, à época dos fatos, era Técnico Industrial, com a função de fiscal de medição; que, certo dia, que não sabe precisar ao certo, já que os fatos ocorreram há muito tempo, e o depoente faz várias destas fiscalizações, foi convocado pela Celesc para dirigir-se até a Cerâmica Madrid, pois haviam *[sic]* indícios de que referida empresa estaria furtando energia; que saíram aqui de Criciúma; que, o depoente, juntamente com seus colegas, constatou que os dois TC's instalados no local estavam adulterados; que em cada um deles foi instalado um “capacete”, que fazia uma espécie de ponte, desviando energia; que este artefato fechava um “curto”, fazendo com que a energia fosse do P1 até o P4, sem passar pelo medidor; que o capacete nada mais é do que um cano de PVC, com uma ponte de cobre pelo lado de fora; que toda a energia passava pelo capacete; que a corrente elétrica sempre procura o caminho mais fácil; que a corrente elétrica passava pela ponte, que fechava um curto, e não pela bobina do TC, não registrando, desta forma, o consumo (Luiz Carlos de Souza, técnico industrial – fl. 83).

[...] que o depoente é Fiscal de medição; que certo dia, foi convocado pela Celesc para dirigir-se até a Cerâmica Madrid, pois haviam *[sic]* indícios de que referida empresa estaria furtando energia [...] que os dois TC's instalados no local estavam adulterados; que em cada um deles foi instalado um “capacete”, que fazia uma espécie de ponte, desviando energia; que este artefato desviava praticamente toda a energia consumida [...] (Luiz Carlos Alves, técnico industrial – fl. 84).

[...] que viu que em cima de um TC foi ilegalmente instalado um “capacete”; que referido dispositivo efetivamente burla o medidor, desviando energia; que, por analogia, seria o mesmo que instalar

um cano antes do Hidrômetro, e ligá-lo novamente após o Registro, fazendo com que a água não passe pelo mesmo (Seir Nazário, aferidor de medição – fl. 85).

Em arremate: “[...] o artifício usado para burlar o Transformador de corrente é grotesco, mas funciona perfeitamente, se devidamente instalado; que o referido artifício pode fazer com que quase todo o consumo de energia elétrica não seja registrado [...]” (Valter Ronchi – fl. 86).

Como bem se vê, a abundante prova oral colhida no decorrer da instrução é harmônica entre si e giza o conteúdo das narrações trazidas na Delegacia de Polícia, de modo que não há nenhuma sombra de dúvida da materialidade e da autoria da infração por parte da increpada, já que era a responsável legal pela Empresa onde fora verificado o vultoso furto de energia elétrica narrado no pórtico inaugural.

Seja dito de passagem que não há desacreditar as palavras dos testigos supracitados pela simples função profissional que desempenham na concessionária de energia elétrica, pois seus depoimentos são coerentes entre si e denotam a responsabilidade criminal da acoimada, e é pouco credível que cinco funcionários da Celesc, um deles Gerente da Agência de Sombrio, se unissem numa sórdida trama em desfavor da apelante. Cabia a esta o ônus da prova em relação à alegada perseguição política, encargo do qual não se desonerou.

Destarte, pelos objetivos argumentos colacionados, inviável mostra-se a almejada absolvição.

Cabe, então, passar à análise dos pleitos sucessivos formulados por ocasião da irresignação:

Da desclassificação para furto simples

Sem razão a apelante quando almeja o afastamento da qualificadora da fraude – inciso II do § 4º do artigo 155 do Código Penal.

Isso porque fraude é o meio enganoso, o embuste, o ardil, o artifício usado na subtração, e a insurgente, para ter drástica redução da fatura de luz de sua atividade empresarial, utilizou-se de aparelhagem clandestina a fim de evitar a passagem da energia elétrica pelo medidor, motivo pelo qual sua conduta amolda-se perfeitamente à citada definição.

Acerca do tema, colhe-se da jurisprudência desta Corte:

Furto de energia elétrica mediante fraude. Autoria e materialidade comprovadas através de exame pericial e depoimentos de testemunhas. Agente que, na qualidade de sócio proprietário da empresa, violou lacre da caixa de medição de energia elétrica, dilatando os pólos de corrente da chave de aferição, impedindo sua circulação, redundando na não contabilização de metade da energia consumida, em prejuízo à empresa fornecedora. Elementos suficientes para embasar o decreto condenatório. Condenação mantida (Apelação Criminal n. 2002.021128-7, Des. Maurílio Moreira Leite, j. 29-10-02).

E mais recentemente:

APELAÇÃO CRIMINAL – CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO – SENTENÇA ABSOLUTÓRIA – RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO PRETENDENDO A CONDENAÇÃO – FURTO DE ENERGIA ELÉTRICA MEDIANTE FRAUDE – AGENTE QUE VIOLA O EQUIPAMENTO DE MEDIÇÃO DE ENERGIA VISANDO REDUZIR O CONSUMO – PROVA TESTEMUNHAL E LAUDO PERICIAL CONCLUSIVOS – AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS – RECURSO PROVIDO – CONDENAÇÃO QUE SE IMPÕE (Apelação Criminal n. 2006.032232-0, Des. Torres Marques, j. 14-11-06).

Do reconhecimento de furto privilegiado

Embora a ré seja primária, ou seja, sem condenação transitada em julgado à época do crime, é impossível o acolhimento do pleito por dois motivos: o primeiro é que a coisa furtada está longe de ser de pequeno valor, pois, segundo o demonstrativo de cálculo anexado à fl. 24, o prejuízo pela subtração da energia elétrica chega à expressiva quantia de R\$ 75.287,39; o segundo refere-se à circunstância de que, sendo qualificado o furto, não se mostra viável o reconhecimento da figura privilegiada, que é aplicável tão-somente aos delitos de furtos simples e noturno.

Nesse Sentido: “É tranqüila a jurisprudência do STF no sentido de ser incompatível a figura do furto qualificado com a do furto privilegiado. Precedentes do STF” (RT 627/375).

Da minoração da pena

A r. sentença merece, de fato, sofrer alteração neste ponto.

Ao examinar a dosimetria levada a cabo pelo Togado (fl. 194), vislumbra-se que quatro foram as circunstâncias judiciais consideradas desfavoráveis à acusada, a saber, antecedentes, personalidade, motivo e conseqüências da infração, o que deu causa a um acréscimo de 6 (seis) meses na pena-base.

Todavia, uma análise criteriosa revela que: a) processos criminais em andamento não servem para caracterizar maus antecedentes, em face do princípio da presunção da não-culpabilidade; b) suspensão condicional do processo, de igual maneira, não gera nenhum efeito secundário da sentença condenatória, como maus antecedentes; c) não há elementos suficientes para se aferir que a personalidade da ré é distorcida e tendente à prática delituosa em face do seu envolvimento em delitos que ainda estão em apuração, peculiaridade que poderia ter sido utilizada para revelar a conduta social não adequada da inconfor-

mada, o que não se concretizará sob pena de *reformatio in pejus*, já que o Magistrado considerou-a abonada pela testemunha Edimar Aranda; e d) o motivo do crime indicado pelo Sentenciante – “obtenção de vantagem ilícita, às custas do patrimônio alheio” (fl. 194) – é inerente ao próprio tipo penal em estudo, pelo que não pode servir para majorar a reprimenda.

Por essas razões, apenas as conseqüências da infração pesam desfavoravelmente contra a acusada, motivo pelo qual se reduz a pena-base para 2 (dois) anos e 2 (dois) meses de reclusão e 11 (onze) dias-multa, total este que restou definitivamente infligido em razão da inexistência de agravantes ou atenuantes, bem como de causas de aumento ou diminuição da reprimenda, mantendo-se o regime de seu cumprimento no aberto.

Da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos

Constatada a existência de apenas uma circunstância judicial desfavorável à inconformada, com a conseqüente redução de sua pena, aliada ao fato de que ela é primária e preenche os demais requisitos insculpidos no art. 44 do CP, substituiu-se a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, uma consistente em prestação de serviços à comunidade, na forma estabelecida no art. 46 do mesmo Diploma Legal, e a outra em prestação pecuniária, no valor de 10 (dez) salários mínimos vigente ao tempo dos fatos, em face da condição econômica favorável da apelante (que é empresária), valor a ser destinado à empresa vítima.

É o quanto basta.

DECISÃO

Diante do exposto, por unanimidade, rejeitam-se as preliminares e dá-se provimento parcial à irresignação para minorar a pena de Rosiane Cardoso para 2 (dois) anos e 2 (dois) meses de reclusão e 11 (onze) dias-

multa, substituída a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, uma consistente em prestação de serviços à comunidade e a outra consistente em prestação pecuniária, no valor de 10 (dez) salários mínimos vigente ao tempo dos fatos, a ser destinado à empresa vítima, mantida no mais a decisão guerreada.

Participou do julgamento o Exmo. Sr. Des. Irineu João da Silva. Lavrou parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Robison Westphal.

Florianópolis, 8 de maio de 2007.

Jorge Mussi
PRESIDENTE, COM VOTO

Carstens Köhler
RELATOR

**PRIMEIRA VICE-PRESIDÊNCIA
DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

PEDIDO DE SUSPENSÃO DE LIMINAR

Pedido de Suspensão de Liminar n. 2007.037759-3, de Balneário Camboriú

Requerente: município de Balneário Camboriú

Advogado: Dr. Alexandre Duwe

Requerido: Ministério Público

Promotor: Dr. Rosan Rocha

Interessada: Câmara de Vereadores de Balneário Camboriú

Advogados: Drs. Afonso Buerger Filho e outros

DESPACHO

O município de Balneário Camboriú requer, com base no art. 4º da Lei n. 8.437/92 e no art. 1º da Lei n. 9.494/97, a suspensão da eficácia da tutela antecipada contra si proferida nos autos da Ação Civil Pública n. 005.07.009614-1, proposta pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina, que determinou, no prazo de trinta dias, a exoneração de todos os funcionários, servidores e empregados ocupantes de cargo em comissão, cargo de confiança e emprego de contratação excepcional e 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 ou dos titulares de cargos que lhes são equiparados, dos dirigentes dos órgãos da Administração Pública direta e indireta municipal, de qualquer dos Vereadores ou dos titulares de cargo de direção da Câmara Municipal, assim como proibiu, nessas condições, novas nomeações, designações ou contratações, fixando, ainda, multa no valor de cinco mil reais por cada caso de servidor mantido, nomeado, designado ou contratado em desrespeito à decisão.

Alega, em síntese, que: a) não foi previamente ouvido, conforme lhe é assegurado pelo art. 2º da Lei n. 8.437/92, sobre a antecipação dos efeitos da tutela pretendida pelo requerido na ação civil pública; b) a Constituição consagra o direito de livre nomeação dos cargos em comissão, em consonância com o princípio da discricionariedade e com os critérios da conveniência e oportunidade; c) a medida de urgência concedida implica interferência do Poder Judiciário em atos da Administração Pública, em flagrante desrespeito ao princípio da harmonia e independência entre os poderes; d) não é possível impor-lhe obrigação de fazer e de não fazer, senão que tais exigências estejam estabelecidas em lei, pois “ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” – inc. II do art. 5º da CF/88; e) o cumprimento da decisão trará conseqüências irreversíveis quanto à continuidade dos serviços prestados pelos servidores envolvidos no impasse; f) no exame da antecipação da tutela não se considerou o *periculum in mora* inverso nem o princípio da razoabilidade.

Assevera, ainda, que: a) interpôs agravo de instrumento; b) o relator negou monocraticamente a antecipação dos efeitos da tutela recursal e converteu o recurso em agravo retido; c) sobre tema idêntico, nos Agravos de Instrumento n. 2007.025175-6 e 2007.021991-6, ambos do município de Tubarão, decidiu-se, respectivamente, que somente lei local pode prever requisitos restritivos às nomeações de parentes para cargos em comissão, e a imediata exoneração de servidores apenas se justificaria pelo desempenho ineficiente do cargo ao qual estão vinculados; d) não há ressalva na Constituição em relação à livre nomeação, porque se o legislador realmente pretendesse impô-la faria expressamente, a exemplo do que ocorreu no § 7º do art. 14 da CF/88 e no § 5º do art. 5º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – que considera inelegíveis o cônjuge e os parentes, consangüíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção, dos Chefes do Poder Executivo titular de mandato eletivo e candidato à reeleição; e) sendo os cargos de livre preenchimento, não

cabe ao Poder Judiciário interferir, sob pena de afronta ao princípio da harmonia e independência entre os poderes; f) conta com 2.034 cargos efetivos ocupados, 219 cargos comissionados, dos quais 97 são ocupados por servidores efetivos, ficando evidente que não está cometendo nenhum abuso nas livres nomeações.

Sustenta, ademais, que: a) o Judiciário não pode emitir juízo de mérito sobre os atos da Administração, porque sua competência está restrita ao controle da legalidade e da legitimidade do ato impugnado; b) os efeitos da tutela antecipada deferida são irreversíveis e trarão prejuízos à continuidade dos serviços prestados pelos servidores envolvidos nesse impasse; c) a decisão foi prolatada sem sua prévia audiência, o que acarreta nulidade; d) ausentes do *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* a justificar a manutenção da medida de urgência concedida.

Por fim, requer a suspensão da tutela antecipada concedida na ação civil pública, com efeito suspensivo liminar, até o trânsito em julgado da decisão de mérito na ação principal.

Juntou documentos às fls. 39-144.

O requerente peticionou, ainda, juntando cópia do acórdão proferido no Agravo Regimental em Suspensão de Segurança n. 682-8, julgado pelo STF, em que foi relator o Min. Octávio Galloti, que trata da competência privativa do Poder Executivo.

É o relatório.

Enfatizo, antes de tudo, que a suspensão dos efeitos da liminar, além de não constituir sucedâneo de recurso, tem seu âmbito de cognição parcial e sumária adstrito tão-só à demonstração de ocorrência de lesão grave ao interesse da entidade pública postulante, consubstanciado na ordem, saúde, economia ou segurança.

É que, como sustenta Marcelo Abelha Rodrigues,

a única preocupação do órgão é aferir se está presente o risco de dano diante da execução da decisão proferida. Pretender modificar, cassar ou adulterar a decisão cuja execução se pretende suspender configuraria um verdadeiro transbordamento da competência que foi entregue ao presidente do tribunal (*Suspensão de segurança*: sustação da eficácia de decisão judicial proferida contra o poder público. RT, 2005. p. 168).

O regime normativo vigente impede, portanto, nesta excepcionalíssima via utilizada pelo requerente, o exame do acerto ou desacerto da decisão, assim como das demais questões de fundo da ação principal.

Antes ainda do exame do mérito, por imperativo lógico, destaco que o pedido de efeito suspensivo liminar, por força do § 7º do art. 4º da Lei n. 8.437/92, não está dissociado da comprovação do risco de grave lesão ao interesse público pela execução da decisão impugnada.

Note-se, portanto, que é corolário tanto para a concessão do aludido efeito suspensivo liminar quanto para o provimento positivo final da ação de contracautela a demonstração cabal de que os efeitos decorrentes da execução da tutela antecipada concedida na ação civil pública representam ou representarão gravíssima ameaça à ordem, à saúde, à segurança, e à economia públicas ou outro interesse primário assim qualificável.

No tocante ao mérito do pleito suspensivo, infere-se que o fundamento da insurgência do requerente resume-se, por certo, na alegação de dano à ordem pública.

O prejuízo ao interesse público, segundo o requerente, estaria configurado no desrespeito da antecipação dos efeitos da tutela ao princípio da harmonia e independência entre os poderes, uma vez que a Constituição Federal assim como a legislação municipal atribuem como livre a nomeação para cargo em comissão. Com base nesse argumento, o postulante lança a ilação de que o Poder Judiciário não lhe pode impor obrigações de fazer ou de não fazer, porque tais exigências não estão estabelecidas em lei.

De fato, quanto à suposta ilegítima interferência do Poder Judiciário nas atividades típicas do Poder Executivo, cabe observar, por seu turno, que nos atuais Estados Constitucionais o princípio organizatório da separação de funções do Estado é, sem dúvida, uma constante.

Reconhece-se, da mesma forma, que essa norma estruturante, como os demais princípios constitucionais, não possui conteúdo absoluto, devendo ser compreendida no contexto dos demais preceitos de mesma hierarquia, razão pela qual não se deve descurar do fato de que os qualificativos “harmonia” e “interdependência”, no nosso sistema jurídico-constitucional, são imprescindíveis na tarefa de construção do significado da norma contida no princípio que visa a restringir o poder estatal.

Mas se é correto afirmar que em nossa Federação o princípio da separação de poderes é de observância obrigatória, também se mostra acertado sopesar que a sua própria mitigação possui extraordinária importância em nosso sistema jurídico-político.

Ora, o modelo de balanceamento de poderes (*checks and balances*) mostra, como afirma J. J. Gomes Canotilho, que,

através de freios e contrapesos recíprocos, os vários “poderes” encarregados de várias e distintas funções operam um controle do poder (“o poder pára o poder”) garantindo a liberdade dos indivíduos e evitando o aparecimento de um “poder superpesado” perigosamente totalizador do poder do Estado” (*Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Almedina, 2003. p. 551).

Exatamente dentro desse contexto é que devem ser analisados os delicados temas da separação das funções estatais e do controle judicial dos atos administrativos “no campo da obediência aos princípios da legalidade, da moralidade, da impessoalidade, da eficiência, da finalidade e, em algumas situações, o controle do mérito (REsp. n. 169.876, rel. Min. José Delgado).

Sobressai do caso enfocado, no ponto em que interessa para o deslinde da ação civil pública, que a magistrada, na tese conducente para o deferimento da antecipação dos efeitos da tutela, aprecia a pretensão formulada pelo Ministério Público sob o relevante tema do combate ao nepotismo, como afirmação dos princípios constitucionais da legalidade, da moralidade e da impessoalidade.

Verifica-se, nessa linha de pensamento, que as determinações judiciais, obrigando o postulante, *lato sensu*, a exonerar e não nomear parentes para cargos de provimento em comissão, não encerram suposta ingerência do Judiciário na esfera da Administração, pois estão elas vinculadas às restrições impostas pelos consagrados e supramencionados valores constitucionais.

É por isso que, neste ponto específico, afasto o precedente do STF colacionado pelo requerente – AgRg em SS n. 682-8 –, que, por falta de semelhança ao caso concreto, é inaplicável à solução desta ação de contracautela.

Importa salientar, ademais, que a decisão impugnada não determinou a realização de atos físicos de administração nem substituiu a vontade do administrador, mas exerceu legítimo controle judicial a respeito da adequação das nomeações de parentes com os valores tutelados pela Constituição Federal.

Vale dizer, nesse aspecto, que “todas as normas que integram a ordenação jurídica nacional só serão válidas se se conformarem com a normas da Constituição Federal” (SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 22. ed. Malheiros, 2003. p. 46).

Em outras palavras, o Judiciário tem legitimidade para analisar se “os comandos expedidos por várias autoridades, sejam executivas ou legislativas, encontram verticalmente suporte de validade” na Constituição

Federal (LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 10. ed. Editora Método, 2006. p. 46).

Não é demais lembrar, no entanto, que a ação civil pública é instrumento processual destinado a reprimir ou impedir danos aos interesses públicos, sendo temerário, como reconheceu o STJ, “por meio da suspensão da segurança, suspender decisão que, certa ou não, traduz o controle judicial dos poderes estatais” (SLS n. 300, rel. Min. Barros Monteiro, julgada em 8-3-2007, DJ de 13-3-2007).

Dentro desse contexto, o Supremo Tribunal Federal oportunamente asseverou que,

Na realidade, não se pode ter como veiculadora de grave ofensa à ordem pública a concessão de medida liminar que visa a prevenir, de maneira prudente e responsável, a caracterização de possível desrespeito a uma determinada situação jurídica fundada em relevantes argumentos [...] (SS n. 1.264/AM, rel. Min. Celso de Mello, julgada em 17-4-1998, DJ de 24-4-1998).

Com o escopo de fechar o tema da interferência indevida do Judiciário em atividades típicas do Executivo, é de assinalar, por importante, que o requerente não provou, como aliás deveria, o teor e a vigência da leis municipais que tratam das nomeações para cargos em comissão e para contratação temporária ou excepcional.

De outra banda, no que pertine à lesividade que poderá ensejar o cumprimento da decisão na continuidade dos serviços prestados pelo postulante, impende salientar que não há elementos nos autos que indiquem, ao certo, o número de funcionários, servidores e empregados ocupantes de cargo em comissão, cargo de confiança e emprego de contratação excepcional e temporária que se encontram na condição focada na decisão atacada.

Além do mais, não se sabe quais são as atividades ou funções que essas pessoas desempenham na máquina administrativa.

Dessa forma, tenho que o postulante não mensurou concretamente a lesão e sua extensão, de modo a demonstrar que a execução da tutela antecipada concedida acarreta ou mesmo acarretará danos devastadores ao interesse público.

E, sob esses aspectos, não é possível acolher a postulação deduzida pelo município de Balneário Camboriú, já que não basta a mera e unilateral alegação de que a execução da decisão vergastada é lesiva à ordem pública.

Ademais, é imperioso reconhecer que, no caso enfocado, a suspensão pleiteada, em tese, não protegeria a continuidade dos serviços públicos, mas, sim, o prosseguimento de uma situação que, segundo legítimo controle judicial, é materialmente contrária aos valores constitucionais da legalidade, da moralidade e da impessoalidade.

Logo, pelas razões aqui expostas, tenho como não demonstrada a grave lesão ao interesse público a autorizar a suspensão da execução da decisão impugnada, e, por conseqüência, indefiro o pedido.

Intimem-se.

Comunique-se, por fac-símile, à douta Magistrada prolatora da decisão.

Florianópolis, 28 de agosto de 2007.

Eládio Torret Rocha
1º Vice-Presidente

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

RECURSOS ESPECIAIS NAS APELAÇÕES CRIMINAIS

Recurso Especial na Apelação Criminal n. 2001.005946-0/0002.00, de Chapecó

Recorrente: Ministério Público do Estado de Santa Catarina

Procurador: Dr. Tycho Brahe Fernandes

Recorrido: Eduardo Ianczcar Barros

Advogado: Dr. Alceu Hermínio Frassetto

Recorrido: Dalmir Sebastião Magnani

Advogados: Drs. André Mello Filho e outro

DESPACHO

O Ministério Público do Estado de Santa Catarina aponta, no especial (alínea *a*), negativa de vigência ao artigo 158 do Código Penal (fls. 607-616).

Contra-razões às fls. 648-649 e 675-677.

É o relatório.

O reclamo não pode ascender.

Após a reforma do art. 498 do Código de Processo Civil (Lei n. 10.352/2001), o prazo para interposição do recurso especial só tem início depois de esgotado o lapso temporal para oposição dos embargos infringentes ou após a publicação do acórdão que julga aludidos embargos.

É da jurisprudência:

Após a Lei n. 10.352/2001, que alterou os arts. 498 e 530 do CPC, se o acórdão da apelação ou da ação rescisória desafia embargos infringentes a serem opostos por qualquer das partes, a interposição de recurso especial antes da oposição ou do julgamento dos infringentes traduzirá não esgotamento das instâncias ordinárias (Súmula 207) (AgRg no REsp. n. 857.838/RS, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, Terceira Turma, DJU 5-2-2007, p. 234).

Entretanto, compulsando os autos, constata-se que o acórdão dos embargos infringentes foi publicado no Diário da Justiça em 23-11-2006 (fl. 667), enquanto o recurso especial havia sido interposto em 30-12-2002 (fl. 607), ou seja, antes do prazo recursal, ficando clara a sua prematuridade, em razão da ausência da ratificação de seus termos.

Confira-se:

Extrai-se dos autos que o Recurso Especial, protocolizado em 7-7-2004, antecedeu a publicação (datada de 18-2-2005) do acórdão dos Embargos Infringentes opostos contra o acórdão da Apelação Cível. Inadmissível, por intempestividade, o Recurso Especial interposto anteriormente à publicação do acórdão dos Embargos Infringentes opostos contra o acórdão recorrido, salvo se o recorrente o reiterar, isto porque somente após a decisão da “última instância” ordinária é cabível a interposição do apelo extremo (art. 105, I, da CF/88) (Decisão Monocrática no Ag n. 801.229/MG, rel. Min. Herman Benjamin, DJU 26-10-2006).

No mesmo sentido: Decisão Monocrática no REsp. n. 816.132/SP, rela. Mina. Nancy Andrighi, DJU 12-4-2007; AgRg no Ag n. 774.162/SP, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, DJU 11-12-2006, p. 371; Decisão Monocrática no Ag n. 730.842/RJ, rel. Min. Jorge Scartezzini, DJU 20-9-2006; AgRg no REsp. n. 578.048/RJ, rel. Min. Castro Filho, Terceira Turma, DJU 14-4-2006, p. 171; dentre outros.

Diante do exposto, nego seguimento.

Publique-se.

Intimem-se.

Florianópolis, 13 de junho de 2007.

Cláudio Barreto Dutra
2º Vice-Presidente

Recurso Especial na Apelação Criminal n. 2006.023130-4/0001.00, da Capital

Recorrente: Ministério Público do Estado de Santa Catarina

Procurador: Dr. Paulo Roberto Speck

Recorrido: Altair Bento Viviani

Advogada: Dra. Maria da Graça Blacene Lisboa

DESPACHO

O Ministério Público do Estado de Santa Catarina alega, no especial (alínea *c*), que o acórdão deu interpretação divergente do STJ na aplicação do disposto no artigo 157 cumulado com o artigo 14, inciso II, do Código Penal, ao considerar a necessidade de a *res furtiva* deixar a esfera de vigilância da vítima para a caracterização do roubo na modalidade consumada, oportunidade em que pleiteia a extração das cópias necessárias à formação do PEC (fls. 166-175).

Contra-razões às fls. 193-196.

É o relatório.

O recurso é tempestivo e deve ascender.

A divergência jurisprudencial foi comprovada pelo *Parquet*, que procedeu ao devido cotejo analítico e juntou a cópia integral do julgado, atendendo atender aos requisitos do art. 541, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

Com efeito, o STJ segue corrente oposta à que foi adotada na decisão recorrida:

[...] a questão do momento consumativo do crime de roubo é por demais conhecida desta Corte Superior, não se tratando, nos autos, de reexame de provas, mas sim de valoração jurídica de situação fática incontroversa. Com efeito, destaco que a Terceira Seção deste Tribunal firmou o entendimento de que o crime de roubo próprio consuma-se no

momento – ainda que breve – em que o agente torna-se possuidor da *res furtiva*, mediante grave ameaça ou violência. Assim, é desnecessário que o bem saia da esfera de vigilância da vítima. Basta que cesse a grave ameaça ou a violência à pessoa (REsp. n. 859.952/RS, rel. Min. Paulo Medina, DJU 14-11-2006).

Diante do exposto, dou seguimento ao recurso e acolho o pedido formulado pelo Ministério Público, para determinar a extração das peças necessárias à formação do PEC — Processo de Execução Criminal.

Publique-se.

Intimem-se.

Florianópolis, 10 de abril de 2007.

Cláudio Barreto Dutra
2º Vice-Presidente

RECURSO ESPECIAL NA REVISÃO CRIMINAL

Recurso Especial na Revisão Criminal n. 2006.018759-9/0001.00, de São José

Recorrente: Ministério Público do Estado de Santa Catarina

Procurador: Dr. Paulo Roberto Speck

Recorrido: Domicio Antonio Vitorino

Advogado: Dr. Fúlvio Borges Sobrinho

DESPACHO

O Ministério Público do Estado de Santa Catarina aponta, no especial (alíneas *a* e *c*), negativa de vigência ao artigo 9º da Lei n. 8.072/90, bem como divergência jurisprudencial (fls. 58-74).

Contra-razões às fls. 92-95.

A informação de fl. 99 foi devidamente submetida ao crivo da douta Procuradoria-Geral de Justiça, que opinou pelo regular processamento do reclamo (fl. 110).

É o relatório.

A insurgência diz respeito à suposta violação ao art. 9º da Lei n. 8.072/90, sob o argumento de que ao crime de atentado violento ao pudor, mesmo quando da sua prática não resulte lesão corporal de natureza grave ou morte, aplica-se a causa especial de aumento de pena prevista naquele dispositivo.

Entretanto, ao contrário do alegado, o aresto local analisou a questão em harmonia com o entendimento adotado pelo STJ, pelo que não subsistiu nenhuma afronta ao direito ordinário federal.

Confira-se a jurisprudência:

HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME HEDIONDO. ESTUPRO. INCIDÊNCIA DO ACRÉSCIMO DE PENA DO ARTIGO 9º, DA LEI N. 8.072/90. IMPOSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE LESÃO CORPORAL DE NATUREZA GRAVE OU MORTE.

1. Assentada jurisprudência desta Corte no sentido de que, relativamente aos crimes de estupro e atentado violento ao pudor em qualquer das hipóteses referidas no artigo 224 do Código Penal, o aumento de pena previsto no art. 9º da Lei n. 8.072/90 somente tem incidência se do fato resultar lesão corporal grave ou morte (artigo 223 e parágrafo único do Código Penal). 2. A presunção legal de violência (artigo 224 do Código Penal), por ser elemento constitutivo do tipo penal, não se pode converter, também, em causa especial de aumento de pena, sob consequência de ocorrer o odioso bis in idem. 3. Ordem concedida para que deixe de incidir o aumento previsto no artigo 9º da Lei n. 8.072/90 (grifou-se – STJ, HC n. 36.828/RJ, rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, Sexta Turma, DJU 13-2-2006, p. 849).

Quanto à alínea *c*, muito embora tenha juntado as cópias integrais das decisões e procedido ao devido cotejo analítico entre o acórdão local e os paradigmas, *a tese a que se filia está superada na Quinta e Sexta Turmas daquele colendo Tribunal, conforme afirmado em precedente recente:*

Ambas as Turmas que compõem a Terceira Seção desta Corte firmaram compreensão de que a causa especial de aumento de pena prevista no artigo 9º da Lei n. 8.072/90 somente deve ser aplicada nos delitos sexuais de atentado violento ao pudor e estupro cometidos com violência presumida, quando ocorrer o resultado lesão corporal ou morte, sob pena de configurar-se *bis in idem*.

[...] Incide, na espécie, portanto, o Enunciado 83 da Súmula deste Tribunal, segundo o qual “não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida” (STJ — AI n. 824.205/SC, rel. Min. Paulo Gallotti, DJU 7-2-2007).

Diante do exposto, nego seguimento.

Publique-se.

Intimem-se.

Florianópolis, 14 de agosto de 2007.

Cláudio Barreto Dutra
2º Vice-Presidente

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

RECURSOS ESPECIAIS EM APELAÇÕES CÍVEIS

Recurso Especial em Apelação Cível n. 2003.015247-4/0002.00, da Capital

Recorrente: Unimed de Florianópolis Cooperativa de Trabalho Médico Ltda.

Advogados: Drs. Henrique José Boaventura Vieira e outro

Recorrido: Walter Teodoro dos Santos

Advogado: Dr. Maurício Vieira Bittencourt

DESPACHO

I – Unimed de Florianópolis Cooperativa de Trabalho Médico Ltda. interpôs recurso especial com fulcro no art. 105, III, alíneas *a* e *c*, da Constituição Federal, em razão do acórdão de fls. 285-298 que, por votação unânime, negou provimento ao apelo da recorrente e deu parcial provimento ao recurso do recorrido.

Foram opostos embargos declaratórios às fls. 300-302 e 304-306, rejeitados pelo acórdão de fls. 311-319.

Sustentou a recorrente, em síntese, que o aresto vergastado contrariou o disposto no art. 128 do Código de Processo Civil.

Afirmou, ainda, haver divergência jurisprudencial entre o *decisum* vergastado e julgados de outros tribunais, no tocante à ocorrência de dano moral em virtude de interpretação de cláusula contratual; fixação do *quantum* indenizatório; e incidência dos juros de mora e correção monetária.

Foram apresentadas contra-razões (fls. 411-418).

II – A insurgência não merece ascender pela alínea *a*, por óbice da Súmula 282 do STF, aplicável analogamente ao caso dos autos, porquanto ausente um de seus requisitos de admissibilidade, qual seja, o prequestio-

namento. É que não se vislumbra, no acórdão hostilizado, tampouco no acórdão dos embargos de declaração em face daquele opostos, o debate do conteúdo do artigo dito afrontado, de molde a se poder dizê-lo prequestionado.

Acerca da matéria, colho decisão do Superior Tribunal de Justiça:

[...] Configura-se o prequestionamento quando a causa tenha sido decidida à luz da legislação federal indicada, com emissão de juízo de valor acerca dos respectivos dispositivos legais, interpretando-se sua aplicação ou não ao caso concreto, não bastando a simples menção a tais dispositivos (AGREsp. n. 264.210/PB, Mina. Eliana Calmon, DJU de 10-6-02, p. 178).

Ainda:

A interposição do recurso especial impõe que o dispositivo de Lei Federal tido por violado, como meio de se aferir a admissão da impugnação, tenha sido ventilado no acórdão recorrido, sob pena de padecer o recurso da imposição jurisprudencial do prequestionamento, requisito essencial à admissão do mesmo, o que atrai a incidência do Enunciado n. 282 da Súmula do STF (REsp. n. 735354/PR, Min. Luiz Fux, DJU de 20-3-06, p. 206).

Quanto à alegada divergência jurisprudencial, no que tange à incidência dos juros moratórios e da correção monetária, o reclamo não merece admissão, pois a insurgente limitou-se a transcrever trechos dos acórdãos paradigmas, e não realizou o necessário cotejo analítico, isto é, não confrontou excertos do corpo da decisão hostilizada com trechos dos acórdãos colacionados, não possibilitando, assim, a verificação das situações fáticas que culminaram nas referidas decisões e, em conseqüência, da alegada divergência jurisprudencial.

Nesse diapasão, o STJ já assentou:

A admissão do Recurso Especial pela alínea *c* exige a comprovação do dissídio na forma prevista pelo RISTJ, com a demonstração das circunstâncias que assemelham os casos confrontados, não bastando,

para tanto, a simples transcrição das ementas dos paradigmas (REsp. n. 659.540/RJ, Min. Luiz Fux, DJU de 27-6-05, p. 245).

Contudo, a discussão acerca do reconhecimento da conduta ilícita praticada, a qual ensejou indenização a título de danos morais, acarretaria a reapreciação dos elementos fático-probatórios da demanda, o que não é permitido segundo a Súmula 7 do STJ, bem como a revisão do valor fixado somente é viável nas hipóteses de valor irrisório ou excessivo, o que não se vislumbra na hipótese.

Nesse diapasão, extrai-se da jurisprudência do STJ:

Administrativo. Processual civil. Responsabilidade civil do estado. Dano moral. Revisão do valor indenizatório. Impossibilidade. Reexame do contexto fático-probatório. Súmula 7/STJ. 1. A revisão do valor arbitrado a título de indenização por danos morais somente é viável nas hipóteses em que o montante fixado pelas instâncias ordinárias for exorbitante ou irrisório. 2. Não é cabível, em recurso especial, examinar a justiça do valor fixado na indenização, uma vez que tal análise demanda incursão à seara fático-probatória dos autos, atraindo a incidência da Súmula 7/STJ. Precedentes: REsp. n. 686050/RJ, 1ª Turma, Min. Luiz Fux, DJ de 27-6-2005; AgRg no Ag 605927/BA, Mina. Denise Arruda, DJ de 4-4-2005 (REsp. n. 768.858/RS, rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJU de 13-9-05).

III – Ante o exposto, não se admite o recurso.

Intimem-se.

Florianópolis, 6 de junho de 2006.

Wilson Augusto do Nascimento

3º Vice-Presidente

Recurso Especial em Apelação Cível n. 2006.021709-8/0001.00, de Palhoça

Recorrente: Credicard Banco S.A.

Advogados: Drs. Elisandre Maria Beira e outros

Recorrido: Jair Natal Lanzarin

Advogados: Drs. Fernanda Martins e outros

DESPACHO

I — Credicard Banco S.A. interpôs recurso especial, com fulcro no art. 105, III, alíneas *a* e *c*, da Constituição Federal, em razão do acórdão de fls. 254-261, que, por votação unânime, deu parcial provimento à apelação cível.

O recorrente alegou, em síntese, haver divergência jurisprudencial no tocante ao *quantum* adequado à reparação dos danos morais, bem como à incidência dos juros moratórios e da correção monetária.

Foram apresentadas contra-razões às fls. 300-307.

II – Inicialmente, o recurso não pode ser admitido pela alínea *a*, por óbice da Súmula 284 do STF, aplicável analogamente ao caso dos autos, já que o recorrente não indicou quais os dispositivos que teriam sido violados, o que impossibilita a exata compreensão da controvérsia.

Acerca da matéria, colhe-se decisão do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DO ARTIGO DE LEI QUE SE CONSIDERA VIOLADO. SÚMULA 284 DO STF. DISSÍDIO PRETORIANO NÃO DEMONSTRADO.

1. A simples menção genérica de norma que se considera malferida não é suficiente para delimitar a insurgência, nos moldes preconizados pelo art. 105, inciso III, alínea *a*, da Constituição Federal, sendo necessária a indicação expressa do artigo tido por violado.

Aplicável, pois, o verbete da Súmula 284/STF. 2. Não havendo a devida demonstração do dissídio pretoriano nos moldes regimentais, não se conhece do recurso especial pela alínea *c*. 3. Agravo regimental desprovido (AgRg no Ag n. 709.465/RN, rela. Mina. Laurita Vaz, DJU de 6-2-06, p. 301).

Ainda:

[...] É firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a admissão de recurso especial pela alínea *a* do permissivo constitucional requer a indicação expressa do dispositivo infraconstitucional tido por violado, fundamentando-se, de forma clara e precisa, as razões de seu entendimento e do cabimento do especial. O não-atendimento desse requisito implica deficiência de fundamentação do recurso, aplicando-se ao caso a Súmula 284/STF. [...] (REsp. n. 618.766/RS, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJU de 15-5-06, p. 274).

Do mesmo modo, no que tange à alegada divergência jurisprudencial, o apelo também não pode ser admitido, pois o insurgente não indicou os dispositivos em torno dos quais teria havido interpretação divergente por outros Tribunais; aplicável, portanto, o disposto na Súmula 284 do STF, de forma análoga.

Nesse sentido, haure-se da jurisprudência:

[...] A falta de particularização do dispositivo de lei federal a que os acórdãos — recorrido e paradigma — tenham dado interpretação discrepante consubstancia deficiência bastante, com sede própria nas razões recursais, a inviabilizar o conhecimento do apelo especial, atraindo, como atrai, a incidência do Enunciado 284 da Súmula do Supremo Tribunal Federal. [...] (AgRg no AG n. 692.097/RS, rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJU de 5-12-05, p. 398).

Se não bastasse, o apelo não mereceria ascender à superior instância, no que concerne ao dissenso pretoriano em relação ao *quantum* indenizatório, porquanto a análise relativa ao montante fixado demandaria o reexame do conjunto fático-probatório da demanda, o que atrai a incidência da

Súmula 7 do STJ, *in verbis*: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial".

Ademais, a revisão do valor fixado somente é viável nas hipóteses em que o montante seja irrisório ou excessivo, o que não se vislumbra no caso dos autos.

Nesse sentido, retira-se da jurisprudência do STJ:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DANO MORAL. REVISÃO DO VALOR INDENIZATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ.

1. A revisão do valor arbitrado a título de indenização por danos morais somente é viável nas hipóteses em que o montante fixado pelas instâncias ordinárias for exorbitante ou irrisório.

2. Não é cabível, em recurso especial, examinar a justiça do valor fixado na indenização, uma vez que tal análise demanda incursão à seara fático-probatória dos autos, atraindo a incidência da Súmula 7/STJ. Precedentes: REsp, n. 686050/RJ, 1ª Turma, Min. Luiz Fux, DJ de 27-6-2005; AgRg no Ag 605927/BA, Min. Denise Arruda, DJ de 4-4-2005. 3. Recurso especial não conhecido (REsp. n. 772.980/DF, rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJU de 20-2-06, p. 233).

E ainda:

RECURSO ESPECIAL. ART. 105, III, C, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. COTEJO ANALÍTICO. REQUISITO DE ADMISSIBILIDADE. FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. SUSPENSÃO. DANO MORAL. VALOR DA INDENIZAÇÃO. DIMINUIÇÃO. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. VERBETE N. 7 DA SÚMULA DO STJ. RECURSO NÃO CONHECIDO.

O recurso especial, fundado no dissídio jurisprudencial, para merecer conhecimento, deve conter, em seu arrazoadado, a descrição detalhada dos pontos fáticos convergentes e dos desates jurídicos diversos dados à causa de pedir, não sendo suficiente, para tanto, a mera transcrição das ementas divergentes. Readequar valor indenizatório, que não se mostra irrisório nem manifestamente exagerado,

implica reexaminar os fatos e provas que orientaram o Tribunal *a quo*, o que é vedado nos termos do Enunciado 7 da Súmula desta Corte Superior. Recurso especial não conhecido (REsp. n. 613.097/PB, rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, DJU de 9-4-07, p. 253).

III – Ante o exposto, não se admite o recurso.

Intimem-se.

Florianópolis, 25 de outubro de 2007.

Wilson Augusto do Nascimento
3º Vice-Presidente

Recurso Especial em Apelação Cível n. 2007.022170-8/0001.00, de Blumenau

Recorrente: Brasil Telecom S.A.

Advogados: Drs. Renato Marcondes Brincas e outro

Recorrido: Eduardo Louro de Freitas

Advogado: Dr. Eraldo Lacerda Júnior

DESPACHO

I – Brasil Telecom S.A. interpôs recurso especial com fulcro no art. 105, III, alínea *a*, da Constituição Federal, em razão do acórdão de fls. 229-240 que, por votação unânime, afastou as preliminares e, no mérito, negou provimento à apelação cível.

A recorrente alegou, em síntese, que o acórdão atacado violou os arts. 27 do Código de Defesa do Consumidor e 287, II, *g*, da Lei n. 6.404/76.

Transcorreu *in albis* o prazo para a apresentação das contra-razões (fl. 251).

II – A insurgência não pode ser admitida pela alegada contrariedade aos arts. 287, II, *g*, da Lei n. 6.404/76 e 27 do CDC, pois a decisão recorrida está em consonância com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Desse modo, é vedado o seu seguimento, conforme a Súmula 83 do STJ.

Acerca da matéria, colhe-se decisão do Superior Tribunal de Justiça:

[...] Conforme posicionamento sufragado pela Terceira Turma em 31-5-2006, no julgamento do REsp. n. 829.835/RS, sob a relatoria da eminente Ministra Nancy Andrighi, o direito à complementação de ações subscritas decorrentes de contrato firmado com sociedade anônima é de natureza pessoal e, conseqüentemente, a respectiva pretensão prescreve no prazo previsto no artigo 177 do Código Civil revogado (artigo 205 do Código vigente). A propósito, a seguinte

transcrição do voto condutor: "A pretensão relativa à entrega de determinada quantidade de ações de uma companhia, que já foram subscritas por força de um contrato, não pode ser considerada como equivalente a uma pretensão de um acionista, porque a pessoa que não recebeu a quantidade devida de ações sequer acionista da companhia é em relação às ações recebidas. Nessa hipótese, a relação jurídica é contratual". No mesmo sentido, o REsp. n. 822.914/RS, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 19-6-06 (AG n. 868.203/RS, rel. Min. Castro Filho, DJU de 4-5-07).

Ainda:

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 10-4-04) (AG n. 872.756/RS, rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, DJU de 4-5-07).

III – Ante o exposto, não se admite o recurso.

Intimem-se.

Florianópolis, 9 de outubro de 2007.

Wilson Augusto do Nascimento

3º Vice-Presidente

PRIMEIRA INSTÂNCIA

SENTENÇA

JUÍZO DE DIREITO DA COMARCA DE BRUSQUE

Processo n. 011.05.007770-9

Juiz de Direito: Cláudio Valdyr Helfenstein

Autor: Regina Mara Souza

Réu: Oberdan Grotti

Vistos, etc.

Regina Mara Souza, brasileira, divorciada, gerente administrativo, portadora do CPF n. 791.600.859-91, residente e domiciliada na Rua Ernesto Bianchini n. 340, bairro Guarani, nesta cidade de Brusque—SC, promoveu a presente ação ordinária de indenização por danos morais contra Oberdan Grotti, brasileiro, solteiro, jornalista, residente e domiciliado na Rua Afonso Pena n. 56, nesta cidade de Brusque—SC.

Alega a autora que conviveu maritalmente com o réu por aproximadamente 10 (dez) meses, de forma tumultuada, em razão da agressividade que era demonstrada pelo réu. Diz que a atitude agressiva não se justificava, uma vez que ela nunca deu motivo para tal; pelo contrário, sempre se esforçou, dedicando-se ao trabalho, à faculdade e ao lar para que a vida a dois fosse agradável.

Salienta que a conduta agressiva do autor tornava-se cada vez maior, mais intensa e repetitiva, desaguando em agressões verbais e físicas, com

chutes, pontapés e socos, situação que gerava constrangimento, humilhação e sofrimento para a autora.

Ressalta que, à época dos fatos, laborava para o Escritório Nuss Contabilidade Ltda. e cursava a faculdade de Direito. Em face das agressões sofridas, teve diversos hematomas pelo corpo e face, facilmente visíveis, o que gerou desconforto e humilhação perante os colegas de trabalho e de faculdade.

Sustenta que pretendia construir uma família ao lado do réu, mas verificou, pelo comportamento nocivo dele, que tal propósito não tinha como prosperar.

Assevera que os boletins de ocorrência e laudos de corpo de delito, aliados à prova produzida, comprovam os fatos narrados e a imposição de indenização por danos morais ao réu, como reparação pelos danos psicológicos e físicos, dor e vergonha, em razão das lesões e marcas produzidas pelo réu, ensejadores de indenização por danos morais.

Aduz, também, que os boletins de ocorrência deram origem ao termo circunstanciado, e, não obstante a pretensão da autora em promover a ação penal, o Ministério Público requereu a aplicação da transação penal, devidamente aceita pelo réu, o que demonstra a veracidade dos fatos relatados.

Discorre acerca da igualdade entre os cônjuges expressamente ditada pela Constituição Federal e o dever de respeito e mútua ajuda. Também a legislação caminha no sentido de reduzir a violência familiar e agressões sofridas principalmente pelas mulheres, praticadas por cônjuges e companheiros em seus próprios lares, visando a uma maior proteção à mulher.

Afirma que todas as formas de violência contra as mulheres constituem uma violação a seus direitos humanos, e, no caso da autora, a violência praticada no âmbito doméstico lesou vários bens jurídicos – dignidade,

respeito à vida, integridade física, mental e moral; liberdade e segurança pessoal --, além de anular o exercício dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais.

Discorre sobre o direito à indenização por danos morais, em quantia a ser arbitrada por este Juízo, e requer a citação do réu, a produção de provas e a procedência do pedido, com a condenação dele na verba da sucumbência.

Valorou a causa e juntou documentos.

Regularmente citado, o réu apresentou contestação alegando, em síntese, que a autora, de forma maldosa, busca enriquecimento sem causa mediante a imposição de sanção por danos que não existem.

Salienta que as partes viveram juntas por doze meses, de meado de janeiro de 2004 até 15 de dezembro de 2004, em casa alugada pelo réu, período em que a autora jamais foi vítima de agressão, mas, sim, foi ela a agressora, pois jamais levou um empurrão sem ter antes ofendido e agredido o réu.

Aduz que sempre tiveram um relacionamento difícil, mas por culpa única da autora, porém apenas duas brigas desencadearam agressões físicas, justamente aquelas documentadas nos boletins de ocorrência. Contudo, nas duas oportunidades, foi a autora que "partiu para cima" do réu, sempre armada com faca, tesoura ou ferro de passar roupa, sendo totalmente mentirosos e caluniadores os relatos dos boletins de ocorrência e os fatos narrados na inicial, pois à fl. 20 a autora diz que havia terminado seu relacionamento com o réu havia três meses, quando, na realidade, ainda dividiam o mesmo lar, omitindo também a autora que voltou ao lar após a primeira briga, por sua livre iniciativa e após longa conversa com o réu, quando prometeu que mudaria seu comportamento. Além disso, não informou a autora que, em ambas as agressões levadas a efeito, o réu também sofreu lesões semelhantes.

Salienta que a autora não foi vítima de um companheiro cruel que a violentasse todos os dias nem nunca sofreu abuso sexual, maus-tratos, aborto provocado por agressões, constrangimento ilegal ou cárcere privado, como procura fazer crer na inicial, pois as singelas lesões corporais suportadas por ela são única e exclusivamente frutos de sua conduta agressiva e ciumenta, que após o fim do relacionamento, não voltou a ter nenhum contato pessoal com a autora.

Sustenta que a autora não teve nenhum prejuízo moral decorrente das ofensas físicas levadas a efeito por ele, pois agiu sempre em legítima defesa. Assim, embora a violência doméstica seja ensejadora de danos morais, a legítima defesa exclui o nexo causal necessário à existência de ato ilícito e conseqüente indenização, não fazendo a autora jus à pretendida indenização.

Pugna pela produção de provas e pela improcedência do pedido, com a condenação da autora na verba da sucumbência.

Sobre a contestação, a autora apresentou manifestação (fls. 69-71).

Designada audiência de conciliação, a proposta conciliatória resultou inexitosa.

Aprazada audiência de instrução e julgamento, a proposta conciliatória novamente resultou infrutífera. Foi colhido o depoimento pessoal da autora, dispensando-se o do réu. Após a oitiva das testemunhas arroladas pelas partes, encerrou-se a instrução.

No prazo facultado, as partes apresentaram alegações finais em forma de memoriais.

É o relatório.

Examinados, decido.

Versam os presentes autos sobre ação ordinária de indenização por danos morais, promovida por Regina Mara Souza contra Oberdan Grotti, pelas razões de fato e de direito constantes do relatório.

Pretende a autora a condenação do réu em indenização por danos morais, decorrentes das lesões corporais sofridas no período em que com ele conviveu maritalmente, além do abalo psicológico, da dor e da vergonha que suportou perante colegas de trabalho e faculdade, em face dos hematomas no rosto e no corpo.

O réu, por seu turno, confirma a ocorrência de agressões físicas em duas ocasiões durante a convivência com a autora, porém atribui a ela a culpa pelo ocorrido, ressaltando que nas duas oportunidades agiu em legítima defesa, e que também sofreu agressões em igual proporção.

Durante a instrução processual, foi colhido o depoimento pessoal da autora e inquiridas duas testemunhas.

Regina Mara Souza, em seu depoimento de fls. 91-92, declara:

que o requerido depois que passou a viver com a declarante deixou de ser aquela pessoa normal como se apresentava, tendo demonstrado comportamento agressivo e violento, não podendo a depoente perguntar nada pessoal a ele ou questionar qualquer coisa, sendo que por duas ocasiões a depoente foi violentamente agredida pelo requerido, tendo sofrido várias lesões conforme demonstram os documentos; que na primeira agressão a depoente tirou fotos para comprovar seu estado físico, todavia o requerido apossou-se do material e dos negativos e assim a depoente não pôde trazer aos autos; que conviveram cerca de seis a sete meses tendo a depoente saído do lar em virtude das atitudes do requerido; que depois de ter terminado o relacionamento com o requerido algumas vezes ele ainda lhe fez ameaças através de telefone, e inclusive dois telefones eram da depoente que foram tomados pelo requerido, e a depoente precisou depois cancelar a habilitação para que não fossem mais utilizados; que a depoente também certa vez estava em uma loja no centro da cidade, na Loja Rovian, tendo o requerido ingressado no estabelecimento e feito ameaças à depoente, o que foi presen-

ciado por funcionários da loja, isso depois de uma semana que a depoente sofreu a segunda agressão; que não é verdade a versão do requerido no sentido de que ele se defendia de eventuais agressões da requerente; que a depoente não podia perguntar ou questionar nada ao requerido, sendo que este era quem agredia a depoente forçando a requerente a fugir para não mais apanhar; que jamais a depoente tentou agredir o requerido conforme diz na contestação, muito menos utilizou faca, tesoura ou ferro de passar roupa, apenas a depoente se defendia.

A testemunha Eduardo da Silva, inquirida às fls. 93-94, declara:

que acredita que faz uns dois anos que passou a conhecer a requerente, desde quando passaram a utilizar o escritório onde ela trabalha para fazer a contabilidade da empresa da mãe do declarante; que o depoente nunca freqüentou a casa da autora enquanto ela convivia com o requerido, que nos contatos profissionais a requerente sempre demonstrou ser uma pessoa calma, amorosa, tranqüila; que a vida social da requerente nada pode dizer porquanto o depoente não participa, não saindo com ela e seu atual companheiro, que é irmão do depoente; que a requerente também faz faculdade de Direito; que certa vez o depoente estava no escritório e viu a requerente com hematomas no rosto e no braço, e, questionada a respeito, comentou que teria sido agredida pelo requerido, companheiro dela na época; que apenas uma vez o depoente a viu machucada; que os hematomas eram bem visíveis, inclusive ela estava usando óculos escuros para não mostrar as marcas roxas ao redor do olho; que o depoente percebeu que ela estava com medo do requerido naquela oportunidade; que o escritório onde ela trabalha é bem movimentado, tem vários funcionários e sempre tem bastantes clientes, o denominado Escritório Contábil Nuss; que o depoente foi acompanhar o Evandro para retirar a mudança da casa onde ela morava com o requerido, e usaram o caminhão da empresa da mãe do depoente e ela pediu para que acompanhassem pois estavam com medo do requerido; que atualmente a autora convive maritalmente com a testemunha Evandro da Silva; que a requerente não tinha nenhum envolvimento com o atual companheiro na época em que ela convivia com o requerido, apenas faziam contatos profissionais em função da firma fazer contabilidade no escritório onde ela trabalhava; que a requerente é uma pessoa séria, correta e não se tratava de uma pessoa vulgar; que não percebeu jamais que ela tivesse algum desequilíbrio psicológico;

que o depoente jamais tomou conhecimento de qualquer fato que pudesse desabonar a conduta da autora; que o depoente jamais viu a autora ter qualquer atitude agressiva com quem quer que seja; que só ia no escritório quando era preciso, e isto, em média, era uma vez por semana; que a respeito da agressão, como dito, soube através da própria autora, ninguém mais falou a respeito; que a mudança, que foi retirada da casa da autora, foi transportada para uma casa que fica nos fundos da casa do pai do depoente, portanto era imóvel da família do declarante; que nunca viu nem soube que a requerente tomasse remédio para depressão.

Rosana Obeidi Cruz, inquirida às fls. 95-96, declara:

que a depoente nunca freqüentou a casa das partes enquanto conviviam; que, em apenas uma oportunidade, se encontraram na festa Fenarinha e ficaram juntos por lá, sendo que a depoente não tinha muito convívio particular com eles; que em certa época a depoente morava, ou seja, na Rua Maximiliano Frurbringer, sendo que o requerido subiu até o apartamento da depoente e apresentou-se com a camisa rasgada e alguns arranhões e disse que teria sido agredido pela autora, e comentou que ela era muito ciumenta; que a depoente não presenciou o fato ocorrido ou qualquer outro entre as partes; que do próprio requerido soube que estaria tramitando uma ação em razão de uma briga ocorrida entre as partes, desconhecendo maiores detalhes; que não tem bem certeza, mas parece que foi no segundo semestre de 2004 que aconteceu o fato antes referido, quando o requerido estava com a camiseta rasgada; que o requerido comentava a respeito de conflitos entre as partes, e, segundo ele, eram provocados pelo ciúme da requerente, inclusive, certa vez, ele faltou a um compromisso e depois disse que não pôde ir porque a autora teria deixado ele trancado dentro de casa; que sobre a conduta pessoal e personalidade da requerente nada pode dizer, pois a conheceu muito superficialmente; que o requerido nunca foi uma pessoa agressiva, sendo uma pessoa ponderada, calma e tratava todo mundo muito bem; que, durante o período em que o casal conviveu várias vezes ouviu comentários que o casal se separava e depois se reconciliava, inclusive, certa vez, o requerido foi ao trabalho com todas as roupas no porta-malas do carro dizendo que iria sair de casa, mas depois voltaram; que a depoente não sabe quem tomou a iniciativa de sair de casa primeiro; que a depoente não viu a briga que aconteceu na frente do prédio, nem viu a autora ali no local, porém do terraço,

viu que o carro dela estava ali; que esse era o mesmo carro que o requerido também usava quando ia no trabalho.

Matheus Obeidi Cruz Dias, inquirido às fls. 97-98, declara:

que as partes conviveram poucos meses, não lembrando ao certo o período, e acha que foi em 2004; que algumas vezes o depoente freqüentou a casa deles, inclusive saiu para tomar chope com eles, e, certa vez, se encontraram na festa Fenarinha; que certa vez o depoente percebeu que as partes se encontraram na frente do prédio onde o depoente morava, sendo que ele havia interfonado antes que estava subindo no apartamento do declarante, pois estava levando alguns jornais, mas como ele estava demorando muito, e como começou a ouvir uma gritaria, o depoente foi ver o que estava acontecendo e viu quando a autora puxou e rasgou a camiseta dele, sendo que depois ele foi até o apartamento do depoente, relatando que ela não queria que o depoente subisse, pois estava com ciúmes e desconfiado de que ele estava querendo sair para outro lugar; que nessa ocasião o requerido também estava com arranhões pelo corpo, braços e peito, dizendo que fora agredido pela autora; que o depoente presenciou uma vez a briga entre eles, porém o requerido sempre falava que a autora era muito ciumenta, e gostava de fazer escândalos e ficava ligando muito para o celular dele para ver onde ele estava e controlá-lo; que o depoente nunca ouviu o requerido comentar que ele tivesse agredido a autora; que a autora nunca comentou ao depoente que teria sido agredida pelo requerido, e todos os contatos que tinha com a autora eram nas ocasiões em que ela estava com o requerido; que, depois que o casal estava separado, o depoente estava com o requerido e outra pessoa lá na Zen Bier onde também estava a requerente, e, na ocasião, ela xingou ele, chamando-o de palhaço quando passava pela mesa dele; que ela falou bem alto, e as pessoas mais próximas devem ter ouvido; que, em público, o depoente nunca viu qualquer cena de ciúme feita pela autora em relação ao requerido; que a autora sempre demonstrou ser uma mulher de respeito e não vulgar; que a casa onde as partes moravam tinha um único pavimento, não sabendo se daria ou não sair pela janela.

As lesões corporais sofridas pela autora estão descritas nos boletins de ocorrência e nos laudos de corpo de delito de fls. 44-47.

Consigne-se, desde logo, que a suspensão condicional do processo penal, contemplada no artigo 89 da Lei n. 9.099/95, é modo de transação penal a ser proposta pelo Ministério Público, que busca evitar a condenação pelo sobrestamento da ação penal, funcionando como uma forma de despenalização que pressupõe a inexistência de sentença, na qual não se reconhece a culpabilidade do réu, de modo que não influencia na presente decisão.

Extrai-se do conjunto probatório que a autora efetivamente sofreu agressões físicas e verbais praticadas pelo réu. Os fatos foram até mesmo relatados à autoridade policial, consoante boletins de ocorrência acostados à inicial, estando as lesões descritas em laudos de corpo de delito.

Ainda que fossem verdadeiras as assertivas do réu de que a autora "provocava" as agressões, em virtude de ciúme demasiado, tornando insuportável a vida em comum, deveria ele ter recorrido aos meios adequados para resolver essa situação, inclusive a dissolução da sociedade de fato, como ocorreu após os fatos.

É indiscutível a dor e humilhação sofridas pela autora em decorrência das lesões, especialmente considerando que das agressões resultaram marcas visíveis – hematomas no rosto e no corpo.

A questão da indenização do dano moral, na sua versão contemporânea, tem função preventiva, compensatória e punitiva, que equivale, segundo concepção técnica dominante, a repor o patrimônio do ofendido ao estado em que se encontrava antes da ofensa, embora o dinheiro pago não possa recompor totalmente a integridade física, psíquica ou moral lesada. Não há correspondência de valores, pois os morais se situam em outra dimensão.

As ofensas físicas e morais praticadas pelo réu contra a autora, sem dúvida, são merecedoras de reparo pela via da indenização.

Conforme previsão estatuída no art. 186 do Código Civil, "Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito".

E segundo o artigo 927 do Código Civil, "Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo".

Tecendo comentários acerca da aplicação do supracitado artigo, ensina Maria Helena Diniz:

Para que se configure o ato ilícito, será imprescindível que haja: a) fato lesivo voluntário, negligência ou imprudência [...]; b) ocorrência de um dano patrimonial ou moral, sendo que pela Súmula 37 do Superior Tribunal de Justiça serão cumuláveis as indenizações por dano material e moral decorrentes do mesmo fato [...]; e c) nexó de causalidade entre o dano e o comportamento do agente (*Código civil anotado*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 196-197).

Pois bem, para que se caracterize o ilícito civil, necessária se faz a conjugação de três requisitos, quais sejam, fato lesivo causado pelo agente, ocorrência de dano moral ou patrimonial e nexó de causalidade entre o dano e a conduta do agente.

Acerca da matéria, prelecionam, ainda, Sílvio Rodrigues e Humberto Theodoro Júnior, respectivamente:

Para que surja a obrigação de reparar, mister se faz prova da existência de uma relação de causalidade entre a ação ou omissão culposa do agente e o dano experimentado pela vítima. Se a vítima experimentar um dano, mas não se evidenciar que o mesmo resultou do comportamento ou da atitude do réu, o pedido de indenização, formulado por aquela, deverá ser julgado improcedente (*Direito civil: responsabilidade civil*. Saraiva: 1986. v. 4, p. 18).

Danos morais são aqueles ocorridos na esfera da subjetividade, ou no plano valorativo da pessoa e da sociedade, alcançando os aspectos mais íntimos da personalidade humana ("o da intimidade e da consideração pessoal"), ou o da própria valoração da pessoa

no meio em que vive e atua (“o da reputação ou da consideração social”). Derivam, portanto, de “práticas atentatórias à personalidade humana” (STJ, 3ª T., voto do relator Eduardo Ribeiro, no REsp. n. 4.236, *in* Bussada, Súmulas do STJ, São Paulo, Jurídica Brasileira, 1995, p. 680). Traduzem-se em “um sentimento de pesar íntimo da pessoa ofendida” (STF, RE n. 69.754/SP, RT 485/230), capaz de gerar “alterações psíquicas” ou “prejuízos à parte social ou afetiva do patrimônio moral” do ofendido (STF, RE n. 116.381/RJ, Bussada, *ob. cit.*, p. 687) (*Dano moral*. 1. ed. Oliveira Mendes, 1998. p. 2-3).

No caso em espécie, fica incontroverso nos autos, por meio dos documentos acostados (boletins de ocorrência e laudos de corpo de delito), que a autora foi vítima de lesões corporais e de significativa humilhação provocada pelo réu, o que gera injúria moral passível de indenização, caracterizando, assim, o nexo de causalidade entre o dano causado e a conduta do agente.

Verifica-se que o réu, ao agredir fisicamente a autora, causando-lhe hematomas no rosto e no corpo, demonstra que sua conduta, além de ter sido dolosa, foi desproporcionalmente desproporcional ao revide sofrido – ciúme demasiado.

Cumprе ressaltar que o próprio réu admite em sua contestação que efetivamente "tiveram duas brigas que desencadearam agressões físicas, justamente as duas documentadas nos autos por boletins de ocorrência". Porém, assevera que "as singelas lesões corporais suportadas pela Requerente são fruto único e exclusivo da sua conduta agressiva, de seu ciúme excessivo e da verdadeira perseguição levada a efeito contra o Requerido".

Sustenta também o réu, em sua defesa, que nas duas oportunidades relatadas agiu em legítima defesa, razão pela qual está presente uma das excludentes de ilicitude, e, por consequência, não faz a autora jus à pretendida indenização por danos morais. Além disso, também teria sofrido agressões em igual proporção.

Em que pese esse argumento, o réu não produziu nenhuma prova sobre as alegadas agressões sofridas, nem sobre o fato de que, ao agredir a autora, apenas se defendia de agressões e investidas prévias.

Também não encontra fundamento a alegada singeleza das agressões. Ora, não importa saber se foi um soco ou um empurrão, pois, para que nasça a obrigação de o agente reparar o dano, basta a comprovação do nexos de causalidade entre a sua conduta e o resultado lesivo.

Por outro lado, consoante já referido acima, não apresentou o réu provas de ter agido em legítima defesa, dado que caberia a ele comprovar a suposta excludente de ilicitude.

Acerca da possibilidade do ressarcimento civil decorrente de ferimento ocasionado por agressão física, Antonio Jeová Santos leciona:

Quando o pedido de indenização por dano moral está fundamentado nas lesões que alguém causou a outrem, seja de forma culposa ou dolosa, a dor causada pelo ferimento já é, de si, suficiente, para a existência do dano. A incolumidade física e pessoal é uma projeção do direito à vida, e o fato de colocá-la em perigo, seja com lesão simples ou grave, torna o ofensor passível de indenizar sua vítima.

[...]

A existência da lesão é ressarcível *per se*. Embora a vítima não padeça seqüelas incapacitantes ou que causem deformação (lesão estética), dá direito à indenização, porque nenhuma mortificação física deve ser suportada estoicamente pela vítima (*Dano moral indenizável*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 239-240).

Da jurisprudência pátria extrai-se:

O agente, para eximir-se da responsabilidade, na teoria mencionada, deve convencer o julgador acerca da existência de excludente de ilicitude ou culpa da vítima. Ausente a prova, confirma-se a condenação (TJMG, AC n. 1.0512.02.002655-9/001, Pirapora, Segunda Câmara Cível, rel. Des. Caetano Levi Lopes, j. em 15-3-2005, DJMG de 1º-4-2005).

No mesmo sentido assentou nosso egrégio Tribunal de Justiça:

Apelação cível – Ação de indenização por danos morais – Cobrança de dívida que resulta em agressões físicas – Registro em boletim de ocorrência – Constrangimento comprovado – Legítima defesa não configurada – Caracterização do ato ilícito – Dever de indenizar – Sentença mantida – Recurso não provido (Ap. Cív. n. 2003.030220-4, de Ibirama, Terceira Câmara de Direito Civil, rel. Des. Wilson Augusto do Nascimento, j. em 11-4-05).

Ainda:

Responsabilidade civil – Indenização por ato ilícito – Lesões corporais – Danos estéticos – Legítima defesa – Inocorrência – Ônus da prova – Indenização devida.

Na sistemática processual civil incumbe ao réu comprovar, de forma indubitosa, as circunstâncias previstas no n. II do art. 333 do CPC. A prova deve convencer. Aquela que deixa entrever as alegações simplesmente como possíveis não satisfaz o julgador, que precisa de elementos para firmá-la (RT 541/207).

2. "Configurada a agressão física, provocando danos corporais intensos, com reflexo nos sentimentos íntimos da vítima, impõe-se a indenização por danos materiais e morais" (TAMG, AC n. 0281260-8, Juiz Delmival Almeida Campos) (Ap. Cív. n. 2003.015454-0, rel. Des. Marcus Tulio Sartorato).

Ou:

Apelação cível – Ação de indenização por danos morais – Agressões físicas – Registro em boletim de ocorrência – Agressor que não desmente a conduta – Conduta ilícita configurada – Excludentes de ilicitude inexistentes – Obrigação de indenizar – Dano moral presumido – *Quantum* indenizatório – Critério da proporcionalidade e da razoabilidade na fixação – Recurso provido.

A simples agressão, por si só, já acarreta ao agressor o dever de indenizar a vítima pela perturbação que tal brutalidade gera no seu âmago.

O agente só se desonera da obrigação de indenizar se comprovar ter agido sob o manto da excludente de ilicitude.

"[...] Configurado o ato ilícito, nasce para o responsável o dever de indenizar os danos dele decorrentes [...]" (TJSC, Ap. Cív. n. 2004.006106-4,

de São Miguel do Oeste, rel. Des. Dionízio Jenczak, Terceira Câmara de Direito Civil, j. em 30-4-04).

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 podendo ser exorbitante, a ponto de gerar enriquecimento, nem irrisória, dando azo à reincidência (Ap. Cív. n. 2006.003717-7, de Tubarão, rel. Des. Fernando Carioni).

O Tribunal de Justiça gaúcho tem decidido nesse mesmo vértice:

Responsabilidade civil. Indenizatória. Danos morais. Agressões físicas e verbais. Ofensas morais caracterizadas. Nexo causal entre a conduta e os danos provados. Sentença mantida por seus próprios fundamentos. Recurso improvido (TJRS, Recurso Cível n. 71000831479, Terceira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais – JEC, rela. Ketlin Carla Pasa Casagrande, j. em 7-3-06).

Apelação cível. Ação de indenização por danos morais. Lesão corporal comprovada. Contexto probatório dos autos que permite concluir pela responsabilidade do requerido. A produção de lesão corporal gera direito à indenização por dano moral. O ato ilícito está presente no agir do réu quando efetuou agressões físicas no autor, causando-lhe inegável dano moral. Não sendo essa agressão física de modo nenhum justificada, resta evidente o dano moral decorrente do fato. O montante fixado a título de indenização por danos morais mostra-se adequado, considerando-se as peculiaridades do caso concreto. Apelação desprovida (Ap. Cív. n. 70010078061, Sexta Câmara Cível, rel. Artur Arnildo Ludwig, j. em 23-2-05).

Desse modo, percebe-se que as provas constantes nos autos demonstram a culpa do réu, visto que os fatos e documentos apresentados confirmam a sua atitude agressiva perpetrada contra a autora.

Por essa conduta, sem dúvida, deve o réu ser condenado ao pagamento de indenização para que sinta as conseqüências da sua atitude.

Constatada a responsabilidade civil do réu, bem como configurado o dano moral, deve ser fixado um *quantum* indenizatório.

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 do ato, ou exorbitante, de modo a aumentar consideravelmente o patrimônio do lesado. Deve, pois, 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 compensação pelo prejuízo sofrido (Maria Helena Diniz, op. cit., 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 expreso, 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 (op. 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*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 841-842).

Sobre o tema, colhe-se da jurisprudência do colendo Superior Tribunal de Justiça:

A indenização por dano moral deve ser fixada em termos razoáveis, não se justificando que a reparação venha a constituir-se em enriquecimento indevido, devendo o arbitramento operar-se com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao porte empresarial das partes, às suas atividades comerciais e, ainda, ao valor do negócio. Há de orientar-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida, notadamente à situação econômica atual e às peculiaridades de cada caso (REsp. n. 205.268/SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, j. em 8-6-99, DJ de 28-6-99, p. 122).

No mesmo norte, assentou o nosso egrégio Tribunal de Justiça:

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 (Ap. Cív. n. 2001.010072-0, de Criciúma, rel. Des. Luiz Carlos Freyeslebem, Segunda Câmara de Direito Civil, j. em 14-10-04).

Ainda:

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 (Ap. Cív. n. 2001.013185-4, de Lages, rel. Des. Mazoni Ferreira, j. em 11-8-05).

O montante da indenização por danos morais – que tem por escopo atender, além da reparação ou compensação da dor em si, ao elemento pedagógico, consistente na observação pelo ofensor de maior cuidado de forma a evitar a reiteração da ação ou omissão danosa – deve harmonizar-se com a intensidade da culpa do lesante, o grau de sofrimento do indenizado e a situação econômica de ambos, para não ensejar a ruína ou a impunidade daquele, bem como o enriquecimento sem causa ou a insatisfação deste (Ap. Cív. n. 2003.024087-0, de Concórdia, rel. Des. Marcus Túlio Sartorato, j. em 9-12-05).

Assim, em atenção às orientações que se colocam para o arbitramento do valor da indenização pelo dano moral suportado pela autora, à vista do grau de lesividade e de culpabilidade e da situação econômico-financeira das partes, bem como ao caráter compensatório e punitivo da condenação, tem-se como razoável a fixação do *quantum* em R\$ 8.000,00 (oito mil reais), ressaltando que sobre o valor incidirá correção monetária pelo INPC, a contar da sentença, e juros de mora de 1% (um por cento), a contar da data da citação.

Ante o exposto, julgo procedente o pedido formulado por Regina Mara Souza, nesta ação ordinária de indenização por danos morais, que promoveu contra Oberdan Grotti, com fundamento no artigo 269, I, do Código de Processo Civil.

Em conseqüência, condeno o réu ao pagamento de indenização por danos morais devidos à autora, os quais fixo em R\$ 8.000,00 (oito mil reais). Esse valor deverá ser atualizado, nos termos do Provimento n. 13/95 da egrégia Corregedoria-Geral da Justiça, a contar desta data, acrescido de juros legais à razão de 1% ao mês, a contar da citação, tudo até efetiva liquidação.

Em face do princípio da sucumbência, condeno o réu ao pagamento das custas judiciais e demais despesas processuais, bem como honorários advocatícios, fixados estes em 20% sobre o valor atualizado da condenação.

Nos termos da Lei n. 11.232/05, desde já o réu fica ciente de que, após o trânsito em julgado, deverá cumprir a sentença no prazo de 15 (quinze) dias, sob pena de aplicar-se a multa legal.

P. R. I.

Brusque (SC), 4 de agosto de 2007.

Cláudio Valdyr Helfenstein
Juiz Substituto e.e.

**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, 2.000 — 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 — Saguaiçu
CEP: 89201-900 — Joinville
Telefone: (47) 3461-8500

Fórum da Comarca de Lages
Rua Belisário Ramos, 3.650 — Centro
CEP: 88501-902 — Lages
Telefone: (49) 3221-3500

Fórum da Comarca de Laguna
Rua Arcângelo Bianchini, 69 — Centro
CEP: 88790-000 — Laguna
Telefone: (48) 3644-8300

Fórum da Comarca de Lauro Müller
Travessa 20 de Janeiro, s/n — Centro
CEP: 88880-000 — Lauro Müller
Telefone: (48) 3464-8600

Fórum da Comarca de Lebon Régis
Rua Valdir Ortigari, 45 — Centro
CEP: 89515-000 — Lebon Régis
Telefone: (49) 3247-6000

Fórum da Comarca de Mafra
Av. Cel. José Severiano Maia, 863 — Centro
CEP: 89300-000 — Mafra
Telefone: (47) 3641-4200

Fórum da Comarca de Maravilha
Av. Anita Garibaldi, 1.181 — Centro
CEP: 89874-000 — Maravilha
Telefone: (49) 3664-8800

Fórum da Comarca de Modelo
Rua Presidente Vargas, 20 — Centro
CEP: 89872-000 — Modelo
Telefone: (49) 3365-2500

Fórum da Comarca de Mondaiá
Rua Aurora, 65 — Centro
CEP: 89893-000 — Mondaiá
Telefone: (49) 3674-3000

Fórum da Comarca de Navegantes
Av. Prefeito José Juvenal Mafra, 498 — Centro
CEP: 88375-000 — Navegantes
Telefone: (47) 3342-9100

Fórum da Comarca de Orleans
Rua Rui Barbosa, 320 — Centro
CEP: 88870-000 — Orleans
Telefone: (48) 3466-6100

Fórum da Comarca de Otacílio Costa
Rua Clementino Zambonato, 119 — Centro
CEP: 88540-000 — Otacílio Costa
Telefone: (49) 3275-8000

Fórum da Comarca de Palhoça
Rua Cel. Bernardino Machado, 95 — Centro
CEP: 88130-220 — Palhoça
Telefone: (48) 3279-3300

Fórum da Comarca de Palmitos
Rua Padre Manoel da Nóbrega, s/n — Centro
CEP: 89887-000 — Palmitos
Telefone: (49) 3647-9400

Fórum da Comarca de Papanduva
Rua Simeão Alves de Almeida, 411 — Centro
CEP: 89370-000 — Papanduva
Telefone: (47) 3653-6000

Fórum da Comarca de Piçarras
Av. Emanuel Pinto, 1.655 — Centro
CEP: 88380-000 — Piçarras
Telefone: (47) 3347-4000

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 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, 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-Áustria — 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

13-6 (STF)	– Santa Catarina.....	113
2006.027427-0	– Capital.....	193

AÇÕES RESCISÓRIAS

2005.037709-2	– São José.....	323
2006.003761-0	– Balneário Camboriú.....	285

AGRAVOS DE INSTRUMENTO

2006.016477-3	– Araranguá.....	442
2006.042077-4	– Curitiba.....	461
2006.044976-7	– Capital.....	576
2007.002085-2	– Capital.....	301
2007.009146-6	– Capital.....	409

APELAÇÕES CÍVEIS

1999.018483-8	– Videira.....	452
2005.019146-1	– Joinville.....	389
2005.032656-9	– Blumenau.....	373
2006.011311-6	– Pomerode.....	473
2006.016801-8	– Itajaí.....	610
2006.017336-3	– Bom Retiro.....	428
2006.035265-3	– Capital.....	437
2006.035266-0	– Capital.....	437
2006.042571-2	– Capital.....	406
2006.047373-7	– Tangará.....	587
2006.047572-4	– Chapecó.....	351
2007.006407-4	– São José.....	357

2007.006923-2	– Sombrio	415
2007.008413-1	– Balneário Camboriú	363
2007.011720-3	– Itaiópolis	542

APELAÇÕES CRIMINAIS

2005.011737-9	– São João Batista	686
2005.027918-1	– Balneário Camboriú	698
2006.048762-6	– Criciúma	708
2007.002733-7	– Santa Rosa do Sul	720

CONFLITO DE COMPETÊNCIA

87.748 (STJ)	– Santa Catarina	137
--------------	------------------------	-----

HABEAS CORPUS

71.792 (STJ)	– Santa Catarina	142
90.618-4 (STF)	– Santa Catarina	121

INDIGNIDADE PARA O OFICIALATO

2006.011400-8	– Capital	626
---------------	-----------------	-----

MANDADOS DE SEGURANÇA

2005.039652-8	– Capital	246
2006.028769-3	– Capital	208

MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO CAUTELAR

1.724-6 (STF)	– Santa Catarina	125
---------------	------------------------	-----

PEDIDO DE SUSPENSÃO DE LIMINAR

2007.037759-3	– Balneário Camboriú	737
---------------	----------------------------	-----

PERDA DE GRADUAÇÃO

2006.031061-7 – Capital 679

PROCESSO

011.05.007770-9 – Brusque..... 769

QUESTÃO DE ORDEM EM AÇÃO CAUTELAR

1.689-4 (STF) – Santa Catarina..... 128

RECURSOS ESPECIAIS

647.493 (STJ) – Santa Catarina..... 146

827.613 (STJ) – Santa Catarina..... 180

2001.005946-0 – Chapecó..... 747

2003.015247-4 – Capital 757

2006.018759-9 – São José..... 751

2006.021709-8 – Palhoça..... 760

2006.023130-4 – Capital 749

2007.022170-8 – Blumenau 764

ÍNDICE POR ASSUNTO

AÇÃO CIVIL PÚBLICA

- Atos de improbidade administrativa – Procedimentos licitatórios. Fraude. Direcionamento. Cláusulas restritivas do caráter competitivo dos certames. Objeto contratual impreciso. Superfaturamento dos preços praticados. Má-fé da contratada. Vínculo político entre os envolvidos. Lesão ao erário configurada. Rejeição de diversas preliminares. Recursos parcialmente providos..... 473
- Direito individual indisponível – Dignidade da pessoa humana. Medida de proteção ao idoso. Legitimidade do Ministério Público. Lei n. 10.741/2003. Recurso provido. 610
- Improbidade administrativa – Dispensa de licitação. Impossibilidade. Aprovação das despesas *sub judice* pelo Tribunal de Contas. Eficácia vinculante inexistente. Sentença absolutória penal. Autonomia jurisdicional civil. Reexame da matéria. Desclassificação. Recurso desprovido, por maioria. VOTO VENCIDO. 587

AÇÃO DE COBRANÇA

- Taxas de condomínio – Ilegitimidade passiva *ad causam*. Imóvel alienado por meio de compromisso de compra e venda. Instrumento não registrado. Irrelevância. Débito posterior à venda. Ilegitimidade do promitente vendedor configurada. Recurso provido..... 357
- Taxas de condomínio – Juros e correção a partir da citação válida. Sentença mantida. Recurso desprovido. 406

AÇÃO DE REVISÃO CONTRATUAL BANCÁRIA C/C EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS

- Juros remuneratórios fixados em 12% ao ano – Modificação. Taxa expressamente pactuada. Capitalização mensal permitida. Comissão de permanência para o período de inadimplência. Possibilidade desde que não acumuladas com os demais encargos. Recurso parcialmente provido..... 415

AÇÃO DECLARATÓRIA

– Nulidade de cláusula contratual – Cumulação com pedidos de obrigação de fazer, reparação de danos morais e consignação em pagamento. Contrato de seguro de vida, modalidade cativo-cliente de longa duração. Resilição unilateral imotivada. Vulneração ao princípio da boa-fé. Abusividade das disposições contratuais. Nulidade das cláusulas que viabilizam a resilição. Recurso desprovido. 373

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

– Lei que estabelece atribuição a representante ministerial decorrente da participação no Conselho Estadual de Entorpecentes – Vício de iniciativa e ofensa ao princípio da independência funcional. Afronta aos arts. 94 e 97 da CE. Inconstitucionalidade formal e material *evidenciada*. Maioria de votos para afastar a preliminar de ilegitimidade da parte ativa. Pedido procedente. VOTO VENCIDO..... 193

– Reserva de iniciativa – Aumento de remuneração de servidores. Perdão por falta ao trabalho. Inconstitucionalidade. Pedido procedente. 113

AÇÃO RESCISÓRIA

– Sentença rescindida que julgou improcedentes pedidos contidos na ação de indenização ajuizada pela vítima – Conduta dolosa da empresa ré que altera a verdade dos fatos em detrimento da requerente. Togado sentenciante induzido em erro. Prejuízo *evidenciado*. Análise do mérito. Inteligência do art. 494, primeira parte, do CPC. Possibilidade. Acórdão substitutivo. Desnecessidade de nova instrução. Solução da lide em definitivo. Ilícito configurado. Aplicação do CDC. Aplicação da pena de litigância de má-fé. Modificação da verdade dos fatos. Pedidos julgados procedentes na peça preambular da indenizatória por maioria de votos. VOTO VENCIDO..... 323

– Violação de literal disposição de lei – Pressuposto não *evidenciado*. Reapreciação das matérias já devidamente afastadas na sentença rescindida. Improcedência da ação..... 285

AGRAVO DE INSTRUMENTO

– *Vide* Recurso.

CÓDIGO CIVIL

– Art. 50.....	285
– Art. 113.....	373
– Art. 186.....	769
– Art. 406.....	389, 036, 046
– Art. 422.....	373
– Art. 744.....	373
– Art. 765.....	373
– Art. 885.....	415
– Art. 927.....	769
– Art. 942.....	146
– Art. 1.210.....	351
– Art. 1.267.....	452
– Art. 1.334, I e § 2º.....	357
– Art. 1.336, I e § 1º.....	406
– Art. 2.035.....	373

CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR (Lei n. 8.078/1990)

– Art. 3º.....	323
– Art. 3º, § 2º.....	373, 052
– Art. 4º, I.....	409
– Art. 4º, III.....	389, 037
– Art. 6º, VIII.....	409, 046
– Art. 28.....	285
– Art. 47.....	389, 037
– Art. 51, IV, IX, X e XI.....	373
– Art. 54.....	389

– Art. 81, parágrafo único, I.....	473
– Art. 83.....	473

CÓDIGO DE NORMAS DA CORREGEDORIA-GERAL DA JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

– Art. 378, XIV.....	363
----------------------	-----

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

– Art. 2º.....	285
– Art. 3º.....	437, 044
– Art. 14, V e parágrafo único.....	301
– Art. 17, II.....	323
– Art. 18, <i>caput</i>	323
– Art. 18, § 2º.....	323
– Art. 20, § 3º.....	389, 040
– Art. 20, §§ 3º e 4º.....	285
– Art. 20, § 4º.....	323
– Art. 21.....	452
– Art. 45.....	626
– Arts. 50, parágrafo único, e seguintes.....	461
– Art. 130.....	323
– Art. 131.....	473
– Art. 145.....	473
– Art. 191.....	473
– Art. 249, § 2º.....	437, 032
– Art. 267, VI.....	357, 047, 044
– Art. 269, I.....	285, 459
– Art. 273.....	409
– Art. 273, §§ 2º, 3º, 4º e 5º.....	301
– Art. 289.....	587
– Art. 295, II.....	285

– Art. 329.....	285
– Art. 332.....	587
– Art. 333, I e II.....	473
– Art. 359.....	301
– Art. 362.....	301
– Art. 398.....	323
– Art. 418, I.....	323
– Art. 420, parágrafo único, II.....	473
– Art. 454.....	323
– Art. 461.....	301
– Art. 461-A.....	301
– Art. 461, §§ 1º, 2º, 4º, 5º e 6º.....	301
– Art. 468.....	301
– Art. 475-I.....	301
– Art. 475-J, § 1º.....	301
– Art. 475-L.....	301
– Art. 475-M, § 1º.....	301
– Art. 475-N, I.....	301
– Art. 475-O, III.....	301
– Art. 475-O, § 2º, I e II.....	301
– Art. 475-Q.....	323
– Art. 485, III.....	323
– Art. 485, V.....	285, 046
– Art. 494, primeira parte.....	323
– Art. 509, <i>caput</i>	473
– Art. 511.....	473
– Art. 518.....	428
– Art. 526, <i>caput</i> e parágrafo único.....	428
– Art. 527, I.....	428
– Art. 557, <i>caput</i> e § 1º.....	428

– Art. 602.....	323
– Art. 644.....	301
– Art. 645, parágrafo único.....	301
– Art. 657.....	442
– Art. 669.....	442
– Art. 738, I.....	442
– Art. 844, II.....	301
– Art. 1.046, § 1º.....	452

CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

– Art. 3º.....	626
– Art. 82, §§ 1º e 2º.....	473
– Art. 156.....	686
– Art. 222.....	720
– Art. 302.....	720
– Art. 386, VI.....	720
– Art. 566.....	720

CÓDIGO DE PROCESSO PENAL MILITAR (Decreto-Lei n. 1.002/1969)

– Art. 122.....	626
-----------------	-----

CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO (Lei n. 9.503/1997)

– Art. 7º, I e III.....	461
– Art. 12, I, II, VII e X.....	461
– Art. 22, I, II e XI.....	461
– Art. 149.....	461
– Art. 150.....	461

CÓDIGO PENAL

– Art. 14, II.....	698
– Art. 28, II.....	686

– Art. 29	708
– Art. 44	720
– Art. 44, I	698
– Art. 61, II, <i>e</i>	708
– Art. 71, <i>caput</i>	720
– Art. 71	679
– Art. 77	698, 202
– Art. 121, § 2º, I e IV	708
– Art. 129, § 2º, II, III e IV	686
– Art. 147	708
– Art. 155, §§ 3º e 4º, II	720
– Art. 158, <i>caput</i>	698

CÓDIGO PENAL MILITAR (Decreto-Lei n. 1.001/1969)

– Art. 102	679
– Art. 303	679

CONFLITO DE COMPETÊNCIA

– Tribunal de Justiça e Turma Recursal – Compete ao STJ solucionar conflito de competência que envolve TJ e Turmas, ainda que pertencentes ao mesmo Estado. Recurso conhecido para declarar competente o Tribunal de Justiça de Santa Catarina	137
------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

CONSTITUIÇÕES

ESTADUAL – 1989

– Art. 50	193
– Art. 85, III	193
– Art. 90, § 1º	679
– Art. 93	193

– Art. 94.....	193
– Art. 97.....	193
– Art. 104.....	89

FEDERAL – 1988

– Art. 1º e incisos.....	576
– Art. 5º.....	89
– Art. 5º, II.....	461, 047
– Art. 5º, XI.....	720
– Art. 5º, XXXIV.....	626
– Art. 5º, XXXV.....	587, 057
– Art. 5º, XXXIX.....	285
– Art. 5º, LV.....	473, 206
– Art. 5º, LXIX.....	208
– Art. 5º, LXXVIII.....	626
– Art. 18.....	473
– Art. 21, XIII.....	89
– Art. 22, I.....	473
– Art. 22, XVII.....	89
– Art. 24.....	473
– Art. 37, § 4º.....	587, 032
– Art. 37, § 6º.....	363, 001
– Art. 37, XVI.....	587
– Art. 37, XXI.....	587
– Art. 40, <i>caput</i>	246
– Art. 40, §§ 1º e 2º, II.....	208, 041
– Art. 42, § 1º.....	679
– Art. 54, I, <i>a</i>	473
– Art. 61, § 1º, II, <i>a e c</i>	113
– Art. 65.....	473

– Art. 65, parágrafo único	473
– Art. 102, I	193
– Art. 102, § 2º.....	208
– Art. 125.....	193
– Art. 125, § 4º.....	679
– Art. 128, § 5º.....	193
– Art. 129, III.....	473
– Art. 129, §§ 1º e 4º.....	193
– Art. 134, <i>caput</i> e parágrafo único	89
– Art. 142, § 3º, VI e VII.....	679
– Art. 158, IV.....	128
– Art. 174.....	89
– Art. 192, § 3º.....	415
– Art. 225, §§ 1º, 2º e 3º	146
– Art. 227, <i>caput</i>	576
– Art. 236.....	208, 041

CRIME MILITAR

– Delitos cometidos em detrimento da administração militar – Indignidade para o oficialato. Existência de abundantes elementos de convicção dos atos praticados. Diversidade de condutas que afetam o pundonor policial-militar e o decoro da classe. Ausência de capacidade moral do requerido para o oficialato. Rejeição de inúmeras preliminares arroladas. Perda do posto e da patente que se impõe.	626
– Peculato – Continuidade delitiva. Sargento da Polícia Militar condenado a quatro anos de reclusão. Ausência de prova da incompatibilidade moral com o exercício da função pública. Requisito não satisfeito. Indeferimento. Recurso improcedente, por maioria. VOTO VENCIDO.	679

DESPACHO DA 1ª VICE-PRESIDÊNCIA

– Pedido de suspensão de liminar – Antecipação de tutela proferida em ação civil pública. Nepotismo. Decisão que determinou a exoneração no prazo de trinta dias de todos os funcionários e ocupantes de cargos em comissão que tenham afinidade ou qualquer parentesco com dirigentes dos Poderes Executivo e Legislativo municipal. Proibição de novas nomeações ou contratações de servidores nessas condições. Alegação do município de grave lesão ao interesse público. Não demonstração. Pedido indeferido..... 737

DESPACHO DA 2ª VICE-PRESIDÊNCIA

– Recurso especial na revisão criminal – Insurgência do MP contra decisão de negativa de vigência ao art. 158 do Código Penal. Improcedência. Alteração dada pela Lei n. 1.352/2001, art. 498. Negado seguimento ao recurso. 747

– Recurso especial na revisão criminal – Insurgência do MP contra suposta violação ao art. 9º da Lei n. 8.072/90, bem como divergência jurisprudencial. Não demonstração no caso. Harmonia com o entendimento adotado pelo STJ. Negado seguimento ao recurso. 751

– Recurso especial na revisão criminal – Insurgência do MP contra acórdão que deu interpretação divergente do STJ na aplicação do disposto no art. 157, c/c o 14, II, do Código Penal. Divergência jurisprudencial comprovada. Recurso acolhido e determinado seguimento. 749

DESPACHO DA 3ª VICE-PRESIDÊNCIA

– Recurso especial em apelação cível – Decisão que deu provimento parcial a apelação cível. Alegação de divergência jurisprudencial. Não comprovação. Recurso inadmitido. 760

– Recurso especial em apelação cível – Decisão que negou provimento ao apelo da recorrente e deu provimento parcial ao recurso do recorrido. Alegações de contrariedade ao disposto no art. 128 do CPC, além de di-

vergência jurisprudencial com outros tribunais. Improcedência. Recurso inadmitido..... 757

– Recurso especial em apelação cível – Decisão unânime que afastou as preliminares e negou provimento à apelação cível. Alegação de que o acórdão atacado violou artigos específicos do CDC. Improcedência. Decisão em consonância com os julgados do STJ. Recurso inadmitido. 764

DOCTRINA

– A defensoria pública como instituição essencial à democracia: um modelo institucional de implementação viável e necessária no Estado de Santa Catarina – Sérgio Luiz Junkes, Juiz de Direito em Santa Catarina. 89

– A especialização das câmaras civis e a criação da 2ª Vice-Presidência do TJSC – João José Ramos Schaefer, Desembargador aposentado, ex-Presidente do TJSC e Advogado. 25

– Aborto, eutanásia, recusa a tratamento médico e reprodução assistida: interpretação constitucional e biodireito – Manuel Carrasco Durán, Professor/Doutor da Universidade de Sevilha, Espanha. Tradução de: Vilson Fontana, Juiz de Direito em Santa Catarina, e Fernando Francisco Afonso Fernandez, Professor da Univali – Tijucas/SC, Mestre em Direito e Advogado..... 31

– O uso indevido do gerúndio na argumentação jurídica: prejuízo lógico-semântico – Osvaci Amaro Venâncio Júnior, bacharel em Letras pela UFSC, servidor do TJSC..... 65

EMBARGOS DE TERCEIRO

– Agravo de instrumento da decisão que não recebeu o recurso em primeiro grau por intempestivo – Arguição e comprovação de descumprimento ao requisito legal. Inadmissão necessária não recorrida. Art. 557, § 1º, do CPC. Recurso não conhecido. 428

- Concordata convolada em falência – Apreensão de veículos transferidos a terceiros pela empresa quando concordatária. Ineficácia. Venda de um deles antes do pedido do benefício. Validade. Restituição ao proprietário. Recurso parcialmente provido..... 452

EMENDAS CONSTITUCIONAIS

- N. 20/1998 208, 041
 – N. 32/2001 Art. 2º 415
 – N. 40/2003 415
 – N. 45/2004 626

ESTATUTO DA ADVOCACIA (Lei n. 8.906/1994)

- Art. 5º, § 3º 626

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (Lei n. 8.069/1990)

- Art. 90 e incisos 576
 – Art. 94 e incisos 576

ESTATUTO DO IDOSO (Lei n. 10.741/2003)

- Art. 43, II e III 610
 – Art. 45, *caput* 610
 – Art. 74, I, III, VII e § 1º 610
 – Art. 81, I 610
 – Art. 82, *caput* 610

EXTORSÃO

- Constrangimento mediante grave ameaça – Guardador de carros (flanelinha) que, sob ameaça de reter o veículo, estacionado em via pública, constringe motorista a lhe dar dinheiro. Autoria e materialidade comprovadas. Tentativa configurada. Recurso parcialmente provido..... 698

FURTO

– Energia elétrica – Uso de fraude. Autoria e materialidade configuradas às escâncaras. Desclassificação. Improcedência. Substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Possibilidade. Preliminares argüidas. Rejeição total. Recurso parcialmente provido..... 720

HABEAS CORPUS

– Prescrição – Pretensão punitiva e executória. Pedido indeferido..... 121

– Tráfico de entorpecentes – Crime hediondo. Regime prisional. Substituição da pena. Questões não apreciadas pelo Tribunal *a quo* por entender que o *writ* não é sucedâneo do recurso de apelação. Constrangimento ilegal configurado. Ordem concedida. 142

HOMICÍDIO QUALIFICADO

– Concurso de agentes – Júri. Pronúncia. Motivo torpe e surpresa. Desclassificação pelo Conselho de Sentença, em relação à ré, para crime de ameaça. Recurso ministerial que almeja nulidade do julgamento. Decisão manifestamente contrária à prova dos autos. Procedência. Anulação do julgamento em relação à ré. Recurso ministerial parcialmente procedente. Recurso da ré prejudicado e o do réu desprovido..... 708

INDENIZAÇÃO

– Ato notarial – Responsabilidade objetiva. Lavratura de procuração falsa por tabelião. Compra e venda de imóvel. Outorgante e outorgado falsários. Desfazimento do negócio. Prejuízo ao adquirente. Desídia do notário verificada. Ato ilícito caracterizado. Dever de indenizar. Recurso desprovido. . 363

INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS

– Autora internada em hospital público com quadro de dor intensa e sintomas de apendicite – Erro de diagnóstico não escusável e resultante de uma *evidente* investigação clínica mal realizada. Agravamento do quadro.

Risco de vida. Submissão a inúmeras cirurgias. Recurso parcialmente provido. 542

LEGISLAÇÃO ESTADUAL

LEIS

– N. 1.115/1988		113
– N. 4.557/1971		
<i>Vide Lei Orgânica do Ministério Público do Estado de Santa Catarina</i>		
– N. 5.209/1976	Art. 14.....	679
– N. 5.277/1976	Art. 1º	626
– N. 5.277/1976	Art. 2º, I, <i>a</i> , <i>b</i> e <i>c</i>	626
– N. 5.277/1976	Art. 3º	626
– N. 5.277/1976	Art. 12	626
– N. 5.277/1976	Art. 14, I.....	626
– N. 6.218/1983	Art. 29, XIII e XV	626
– N. 11.345/2000		128
– N. 12.069/2001	Art. 10	193
– N. 12.069/2001	Art. 12	193
– N. 13.641/2005	Art. 6º, § 5º, primeira parte, I, <i>g</i>	193

LEGISLAÇÃO FEDERAL

DECRETOS-LEIS

– N. 1.001/1969	<i>Vide</i> Código Penal Militar.
– N. 1.002/1969	<i>Vide</i> Código de Processo Penal Militar.
– N. 3.365/1941	<i>Vide</i> Lei das Desapropriações.
– N. 7.661/1945	<i>Vide</i> Lei de Falências.

LEIS

– N. 1.060/1950	<i>Vide</i> Lei da Assistência Judiciária.
– N. 1.533/1951	<i>Vide</i> Lei do Mandado de Segurança.

– N. 4.591/1964	<i>Vide</i> Lei de Condomínio.	
– N. 6.899/1981		415
– N. 6.938/1981	Art. 3º, IV	146
– N. 6.938/1981	Art. 14, § 1º	146
– N. 7.347/1985	Art. 21	473
– N. 8.069/1990	<i>Vide</i> Estatuto da Criança e do Adolescente.	
– N. 8.078/1990	<i>Vide</i> Código de Defesa do Consumidor.	
– N. 8.429/1992	Art. 9º	587, 032
– N. 8.429/1992	Art. 10, <i>caput</i> , V, VIII e XII	473
– N. 8.429/1992	Art. 10, <i>caput</i> , VII, VIII e XII	587
– N. 8.429/1992	Art. 11	473
– N. 8.429/1992	Art. 11, <i>caput</i> e V	587
– N. 8.429/1992	Art. 12, I, II e III	587, 032
– N. 8.429/1992	Art. 21, II	587, 032
– N. 8.666/1993	<i>Vide</i> Lei de Licitações.	
– N. 8.906/1994	<i>Vide</i> Estatuto da Advocacia.	
– N. 8.935/1994	Art. 15	208, 041
– N. 8.935/1994	Art. 39	208, 041
– N. 8.935/1994	Art. 40	208
– N. 8.935/1994	Art. 40, parágrafo único	246
– N. 9.099/1995	Art. 89	769
– N. 9.503/1997	<i>Vide</i> Código de Trânsito Brasileiro.	
– N. 9.602/1998	Art. 2º	461
– N. 9.656/1998	Art. 10	389
– N. 9.656/1998	Art. 35, § 5º	389
– N. 9.656/1998	Art. 35-F	389
– N. 9.868/1999	Art. 28, parágrafo único	208
– N. 9.869/1999	Art. 10	193
– N. 10.741/2003	<i>Vide</i> Estatuto do Idoso.	
– N. 11.232/2005		301, 459

LEI DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA (Lei n. 1.060/1950)	
– Art. 12	542
LEI DAS DESAPROPRIAÇÕES (Decreto-Lei n. 3.365/1941)	
– Art. 26	180
LEI DE CONDOMÍNIO (Lei n. 4.591/1964)	
– Art. 12, § 3º	406
– Art. 20	357
– Art. 25, § 5º	285
– Art. 28	285
– Art. 29	285
– Art. 30	285
– Art. 31	285
– Art. 32	285
– Art. 35	285
– Art. 58	285
LEI DE FALÊNCIAS (Decreto-Lei n. 7.661/1945)	
– Art. 14, III	452
– Art. 53	452
– Art. 149	452
– Art. 167	452
LEI DE LICITAÇÕES (Lei n. 8.666/1993)	
– Art. 23, II, <i>b</i> e § 1º	473
– Art. 24, II e V	587
– Art. 25	587
– Art. 25, II	473
– Art. 26, I a IV	587
– Art. 45, § 1º, I	473

– Art. 51, § 3º..... 473
 – Art. 59..... 473

LEI DO MANDADO DE SEGURANÇA (Lei n. 1.533/1951)

– Art. 1º..... 208
 – Art. 10..... 246

LEI ORGÂNICA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA (Lei n. 4.557/1971)

– Art. 93..... 193

LEI ORGÂNICA DO MINISTÉRIO PÚBLICO NACIONAL (Lei Complementar n. 40/1981)

– Art. 29..... 193

LEIS COMPLEMENTARES

– N. 40/1981 *Vide Lei Orgânica do Ministério Público Nacional.*
 – N. 80/1994..... 89
 – N. 155/1997 (Estadual) Art. 1º..... 89

LESÃO CORPORAL GRAVÍSSIMA

– Agente que, embriagado, utilizando-se de um canivete, decepa completamente testículo esquerdo e parte do testículo direito do ofendido, seu irmão, também embriagado – Debilidade permanente na função reprodutiva. Comprovação. Pretensa absolvição por ausência de dolo, embriaguez e perdão da vítima. Inviabilidade. Condenação mantida. Recurso desprovido.686

MANDADO DE SEGURANÇA

– Oficial de cartório de registro de imóveis – Aposentadoria compulsória. Inextensibilidade. Ordem concedida, por maioria de votos. VOTO VENCIDO..... 246

MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO

– Oficial de registro de imóveis e de registro civil – Aposentadoria compulsória. Inaplicabilidade. Exegese do artigo 40, § 2º, II, da CF, com a redação que lhe foi conferida pela EC n. 20/98. Precedentes do STF e do STJ. Ameaça de lesão a direito líquido e certo *evidenciada*. Ordem concedida, por maioria de votos. VOTO VENCIDO. 208

MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO CAUTELAR

– Recurso extraordinário – Eficácia suspensiva. Pronunciamento do Tribunal. Liminar deferida. 125

MEDIDA CAUTELAR PREPARATÓRIA DE SUSPENSÃO DE LEILÃO

– Sistema financeiro de habitação – Suspensão de leilão extrajudicial. Ação principal que requer a anulação da execução. Ações interpostas após o leilão. Falta de interesse de agir. Recurso desprovido. 437

MEDIDAS PROVISÓRIAS

– N. 1.963-17/2000 Art. 5º 415
 – N. 2.170-36/2001 Art. 5º 415

POSSESSÓRIA

– Reintegração de posse – Separação judicial. Bens partilhados de posse exclusiva da separanda. Retomada dos bens pelo ex-marido. Esbulho configurado. Proteção possessória. Recurso desprovido. 351

QUESTÃO DE ORDEM EM AÇÃO CAUTELAR

– Fundo de participação dos municípios – Programa de desenvolvimento da empresa catarinense. Concessão, pelo Estado, de incentivos fiscais e creditícios, com recursos oriundos do ICMS. Controvérsia em torno da definição da locução constitucional. Recurso extraordinário admitido. Outorga de eficácia suspensiva. Decisão referendada pela Turma. 128

RECURSO

- Agravo de instrumento – Ação civil pública. Liminar que determina ao Poder Público designação de assistente social e psicólogo para atendimento dos adolescentes internados em estabelecimento de semiliberdade. Presença dos requisitos do *fumus boni juris* e *periculum in mora*. Recurso desprovido. 576
- Agravo de instrumento – Curso de direção defensiva e primeiros socorros. Interposição contra liminar que suspendeu a exigência no âmbito da comarca de Curitiba. Imposição na renovação da CNH e na adição ou mudança de categoria. Obrigatoriedade do curso na maioria dos Estados. Recurso provido..... 461
- Agravo de instrumento – Exceção de pré-executividade. Nulidade da execução por ausência do título. Matéria não apreciada em primeiro grau. Análise vedada. Penhora. Depósito judicial do valor da dívida. Lavratura do termo de penhora e posterior intimação do devedor para a contagem do início do prazo recursal. Recurso provido..... 442
- Agravo de instrumento – Processual civil. Execução provisória de *astreintes*. Levantamento, sem caução idônea, de vultosa quantia. Impossibilidade. Recurso desprovido, por maioria de votos. 301
- Agravo de instrumento – Revisional de contrato cumulada com tutela antecipada. Exibição de documentos. Inversão do ônus da prova. Inscrição do nome do devedor nos órgãos de proteção ao crédito. Possibilidade. Recurso desprovido. 409

RECURSO ESPECIAL

- Ação civil pública – Poluição ambiental. Empresas mineradoras de carvão mineral. Responsabilidade do Estado por omissão. Responsabilidades solidária e subsidiária. Recursos parcialmente providos..... 146
- Desapropriação indireta – Violação de preceito constitucional. Descabimento. Construção de rodovia. Valorização geral dos imóveis. Área rema-

nescente. Impossibilidade de dedução do valor da indenização. Recurso provido.	180
-------------------------------------------------------------------------------------	-----

RESOLUÇÕES

– N. 10 (Consu-Conselho de Saúde Suplementar) Art. 3º	389
– N. 10 (Consu-Conselho de Saúde Suplementar) Art. 5º	389
– N. 12 (Consu-Conselho de Saúde Suplementar)	389
– N. 50/1998 (Contran) Art. 32	461
– N. 168/2004 (Contran) Art. 6º, § 1º	461

SENTENÇA

– Ação de indenização por danos morais – Concubinato. Ofensas físicas e morais à mulher. Comprovação. Boletins de ocorrência, laudos de corpo de delito e testemunhas. Obrigação de indenizar. Ação precedente.	769
----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

SÚMULAS – STF

– N. 596	415
– N. 648	415

SÚMULAS – STJ

– N. 30	415
– N. 105	246
– N. 294	415
– N. 297	415
– N. 322	415

ÍNDICE ONOMÁSTICO

Alcides Aguiar.....	452, 442
Anselmo Cerello	415, 409, 218, 283
Arnaldo Esteves Lima.....	142
Celso de Mello.....	128
Cid Goulart.....	576
Cláudio Barreto Dutra.....	751, 747, 749
Cláudio Valdyr Helfenstein	769
Edson Ubaldo.....	437, 428
Eládio Torret Rocha	737
Fernando Carioni	363, 245, 284, 285
Fernando Francisco Afonso Fernandez	
Francisco Oliveira Filho.....	587, 205
Humberto Gomes de Barros	137
Jaime Ramos	595
João José Ramos Schaefer	25
João Otávio de Noronha.....	146
Joaquim Barbosa.....	113
Joel Dias Figueira Júnior.....	323
Jorge Mussi.....	208, 193
José Carlos Carstens Köhler	720, 626
José Delgado	180
Luiz César Medeiros	610
Manuel Carrasco Durán	31
Marco Aurélio.....	121, 125
Maria do Rocio Luz Santa Ritta.....	301, 246, 345
Monteiro Rocha.....	357, 351

Newton Trisotto.....	206
Osvaci Amaro Venâncio Júnior.....	65
Salete Silva Sommariva	373
Sérgio Izidoro Heil.....	389, 406
Sérgio Luiz Junkes.....	89
Sérgio Paladino	708, 679
Tulio Pinheiro.....	698, 686
Vanderlei Romer.....	542, 461, 218, 257
Vilson Fontana.....	31
Volnei Carlin.....	473
Wilson Augusto do Nascimento	760, 757, 764

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

Cleusa Maria de Souza

Christiane Monique Callado Silva

Eliane Cardoso de Melo

Idalete Souza

Inge Ignez Ruschel Horn

João Paulo da Silva

Litz Eli de Lima Cunha Silva

Maria Carlota de Medeiros

Maria Fernandes Bez

Osvaci Amaro Venâncio Júnior

Sandra Mello Bottaro Vieira

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