

**JURISPRUDÊNCIA
CATARINENSE**

Repositório de jurisprudência autorizado pelos Registros n. 8/1985
do Supremo Tribunal Federal e 18/1991 do Superior Tribunal de Justiça.

Ano XXXV – 1º trimestre de 2009 – N. 118 – Florianópolis – SC – 2010

JURISPRUDÊNCIA CATARINENSE

Publicação trimestral do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, sob responsabilidade gerencial da Divisão de Documentação da Diretoria de Documentação e Informações, com circulação nacional. Os colaboradores da revista Jurisprudência Catarinense, conforme dispositivo constitucional, gozam de liberdade de opinião e de crítica, e somente a eles pode ser atribuída qualquer responsabilidade civil ou criminal pelo raciocínio expandido em seus trabalhos. Todos os acórdãos do Tribunal de Justiça de Santa Catarina são cópia fiel do original que está nos respectivos autos. Os trabalhos publicados nesta revista foram selecionados pela Comissão de Jurisprudência.

Comissão de Jurisprudência (Portaria n. 240/2006)

Diretor

Des. João Eduardo Souza Varella

Des. Volnei Ivo Carlin – Presidente

Des. José Trindade dos Santos

Des. Salim Schead dos Santos

Des. Edson Nelson Ubaldo

Des. Cid José Goulart Júnior

Des. Sérgio Izidoro Heil

Diretor de Documentação e Informações

Almir Tadeu Peres

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

Trimestral

Repositório autorizado sob os n. 8/1985–STF e 18/1991–

STJ

ISSN: 1981-402X

COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(novembro de 2010)

Presidente

Des. José TRINDADE DOS SANTOS

Primeiro Vice-Presidente

Des. José GASPAR RUBIK

Segundo Vice-Presidente

Des. José MAZONI FERREIRA

Terceiro Vice-Presidente

Des. Antônio do Rêgo MONTEIRO ROCHA

Corregedor-Geral da Justiça

Des. SOLON d'EÇA NEVES

Vice-Corregedor-Geral da Justiça

Des. CESAR Augusto Mimoso Ruiz ABREU

Des. CARLOS PRUDÊNCIO

Des. PEDRO MANOEL ABREU

Des. João Eduardo SOUZA VARELLA

Des. CLÁUDIO BARRETO DUTRA

Des. NEWTON TRISOTTO

Des. SÉRGIO Torres PALADINO

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. 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
Desa. SALETE SILVA SOMMARIVA
Des. RICARDO Orofino da Luz FONTES
Des. SALIM SCHEAD DOS SANTOS
Desa. MARIA DO ROCIO LUZ SANTA RITTA
Des. CID José GOULART Júnior
Des. HILTON CUNHA JÚNIOR
Des. JAIME RAMOS
Des. ALEXANDRE d'IVANENKO
Des. NEWTON JANKE
Des. LÉDIO ROSA DE ANDRADE
Des. MOACYR DE MORAES LIMA FILHO
Des. JORGE Henrique SCHAEFER MARTINS
Desa. MARLI MOSIMANN Vargas
Des. SÉRGIO Izidoro HEIL
Des. José Carlos CARSTENS KÖHLER
Des. JOÃO HENRIQUE BLASI
Des. JORGE LUIZ DE BORBA
Des. VICTOR José Sebem FERREIRA
Desa. REJANE ANDERSEN
Des. JOEL DIAS FIGUEIRA JÚNIOR
Des. CLÁUDIO VALDYR HELFENSTEIN
Des. RODRIGO ANTÔNIO da Cunha
Des. JÂNIO de Souza MACHADO

Juíza de Direito de Segundo Grau SÔNIA MARIA SCHMITZ
Juiz de Direito de Segundo Grau TULLIO José Moura PINHEIRO
Juiz de Direito de Segundo Grau RONALDO MORITZ MARTINS DA SILVA
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 HENRY Goy PETRY JUNIOR
Juiz de Direito de Segundo Grau ROBERTO LUCAS PACHECO
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
Juiz de Direito de Segundo Grau CARLOS ALBERTO CIVINSKI
Juiz de Direito de Segundo Grau LUIZ FERNANDO BOLLER
Juiz de Direito de Segundo Grau RODRIGO TOLENTINO DE CARVALHO
COLLAÇO
Juíza de Direito de Segundo Grau DENISE VOLPATO
Juiz de Direito de Segundo Grau CARLOS ADILSON SILVA
Juiz de Direito de Segundo Grau STANLEY DA SILVA BRAGA
Juiz de Direito de Segundo Grau NEWTON VARELLA JÚNIOR
Juiz de Direito de Segundo Grau ALTAMIRO DE OLIVEIRA
Juiz de Direito de Segundo Grau SAUL STEIL
Juiz de Direito de Segundo Grau GILBERTO GOMES DE OLIVEIRA
Juiz de Direito de Segundo Grau JAIRO FERNANDES GONÇALVES

ÓRGÃOS JULGADORES

TRIBUNAL PLENO

Presidente

Des. José TRINDADE DOS SANTOS

Des. José GASPAR RUBIK

Des. CARLOS PRUDÊNCIO

Des. PEDRO MANOEL ABREU

Des. João Eduardo SOUZA VARELLA

Des. CLÁUDIO BARRETO DUTRA

Des. NEWTON TRISOTTO

Des. SÉRGIO Torres PALADINO

Des. SOLON d'EÇA NEVES

Des. José MAZONI FERREIRA

Des. 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. CID José GOULART Júnior
Des. HILTON CUNHA JÚNIOR
Des. JAIME RAMOS
Des. ALEXANDRE d'IVANENKO
Des. NEWTON JANKE
Des. LÉDIO ROSA DE ANDRADE
Des. MOACYR DE MORAES LIMA FILHO
Des. JORGE Henrique SCHAEFER MARTINS
Desa. MARLI MOSIMANN Vargas
Des. SÉRGIO Izidoro HEIL
Des. José Carlos CARSTENS KÖHLER
Des. JOÃO HENRIQUE BLASI
Des. JORGE LUIZ DE BORBA
Des. VICTOR José Sebem FERREIRA
Desa. REJANE ANDERSEN
Des. JOEL DIAS FIGUEIRA JÚNIOR
Des. CLÁUDIO VALDYR HELFENSTEIN
Des. RODRIGO ANTÔNIO da Cunha
Des. JÂNIO de Souza MACHADO

CONSELHO DA MAGISTRATURA

- Des. José TRINDADE DOS SANTOS – Presidente
- Des. José GASPAR RUBIK – 1º Vice-Presidente
- Des. SOLON d'EÇA NEVES – Corregedor-Geral da Justiça
- Des. José MAZONI FERREIRA – 2º Vice-Presidente
- Des. Antônio do Rêgo MONTEIRO ROCHA – 3º Vice-Presidente
- Des. CESAR Augusto Mimoso Ruiz ABREU – Vice-Corregedor-Geral da Justiça
- Des. IRINEU JOÃO DA SILVA
- Des. LUIZ CARLOS FREYESLEBEN
- Des. NEWTON JANKE
- Desa. MARLI MOSIMANN Vargas
- Des. VICTOR José Sebem FERREIRA
- Des. CLÁUDIO VALDYR HELFENSTEIN

ÓRGÃO ESPECIAL

- Des. José TRINDADE DOS SANTOS – Presidente
- Des. CARLOS PRUDÊNCIO
- Des. José GASPAR RUBIK
- Des. PEDRO MANOEL ABREU
- Des. CLÁUDIO BARRETO DUTRA
- Des. SÉRGIO Torres PALADINO
- Des. SOLON d'EÇA 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 (Substituindo o Des. João Eduardo SOUZA VARELLA)
- Des. NELSON Juliano SCHAEFER MARTINS
- Des. JOSÉ VOLPATO de Souza
- Des. SÉRGIO Roberto BAASCH LUZ (Substituindo o Des. FERNADO CARIONI)
- Des. CESAR Augusto Mimoso Ruiz ABREU
- Des. RICARDO Orofino da Luz FONTES
- Des. JAIME RAMOS
- Des. NEWTON JANKE

Des. LÉDIO ROSA DE ANDRADE
Des. SÉRGIO Izidoro HEIL
Des. JOÃO HENRIQUE BLASI
Des. JORGE LUIZ DE BORBA (Substituindo a Desa. SALETE SILVA SOMMARIVA)

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO CIVIL

Des. CARLOS PRUDÊNCIO – Presidente
Des. João Eduardo SOUZA VARELLA
Des. ELÁDIO Torret ROCHA
Des. NELSON Juliano SCHAEFER MARTINS
Des. FERNANDO CARIONI
Des. LUIZ CARLOS FREYESLEBEN
Des. MARCUS TULIO SARTORATO
Desa. MARIA DO ROCIO LUZ SANTA RITTA
Des. SÉRGIO Izidoro HEIL
Des. VICTOR José Sebem FERREIRA
Des. JOEL DIAS FIGUEIRA JÚNIOR
Juiz de Direito de Segundo Grau STANLEY DA SILVA BRAGA

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO COMERCIAL

Des. RICARDO Orofino da Luz FONTES – Presidente
Des. Marco Aurélio GASTALDI BUZZI
Des. SALIM SCHEAD DOS SANTOS
Des. LÉDIO ROSA DE ANDRADE
Des. JORGE Henrique SCHAEFER MARTINS
Des. José Carlos CARSTENS KÖHLER
Des. JORGE LUIZ DE BORBA
Desa. REJANE ANDERSEN
Des. JÂNIO de Souza MACHADO
Juiz de Direito de Segundo Grau PAULO ROBERTO CAMARGO COSTA
(Substituindo o Des. CLÁUDIO VALDYR HELFENSTEIN)
Juiz de Direito de Segundo Grau JOSÉ INÁCIO SCHAEFER (Substituindo o Des.
CESAR Augusto Mimoso Ruiz ABREU)
Juiz de Direito de Segundo Grau STANLEY DA SILVA BRAGA (Substituindo o Des.
RODRIGO ANTÔNIO da Cunha)

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO

Des. PEDRO MANOEL ABREU – Presidente
Des. CLÁUDIO BARRETO DUTRA
Des. NEWTON TRISOTTO
Des. LUIZ CÉZAR MEDEIROS
Des. VANDERLEI ROMER
Des. WILSON AUGUSTO DO NASCIMENTO
Des. JOSÉ VOLPATO de Souza
Des. SÉRGIO Roberto BAASCH LUZ
Des. CID José GOULART Júnior
Des. JAIME RAMOS
Des. NEWTON JANKE
Des. JOÃO HENRIQUE BLASI

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Des. CARLOS PRUDÊNCIO – Presidente
Des. JOEL DIAS FIGUEIRA JÚNIOR
Juiz de Direito de Segundo Grau STANLEY DA SILVA BRAGA (Cooperador)
Juíza de Direito de Segundo Grau DENISE VOLPATO (Cooperadora)
Juiz de Direito de Segundo Grau SAUL STEIL (Cooperador)

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Des. NELSON Juliano SCHAEFER MARTINS – Presidente
Des. LUIZ CARLOS FREYESLEBEN
Des. SÉRGIO Izidoro HEIL
Juiz de Direito de Segundo Grau JAIME Luiz VICARI (Cooperador)

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Des. FERNANDO CARIONI – Presidente
Des. MARCUS TULLIO SARTORATO
Desa. MARIA DO ROCIO LUZ SANTA RITTA
Juiz de Direito de Segundo Grau HENRY Goy PETRY JUNIOR (Cooperador)

QUARTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Des. ELÁDIO Torret ROCHA – Presidente

Des. VICTOR José Sebem FERREIRA

Juiz de Direito de Segundo Grau CARLOS ADILSON DA SILVA substituindo o Des. João Eduardo SOUZA VARELLA

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

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Des. RICARDO Orofino da Luz FONTES – Presidente

Des. SALIM SCHEAD DOS SANTOS

Juiz de Direito de Segundo Grau STANLEY DA SILVA BRAGA substituindo o Des. RODRIGO ANTÔNIO da Cunha (Cooperador)

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Des. JORGE Henrique SCHAEFER MARTINS – Presidente

Des. JORGE LUIZ DE BORBA

Desa. REJANE ANDERSEN

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

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Des. Marco Aurélio GASTALDI BUZZI – Presidente

Des. JÂNIO de Souza MACHADO

Juiz de Direito de Segundo Grau PAULO ROBERTO CAMARGO COSTA substituindo o Des. CLÁUDIO VALDYR HELFENSTEIN (Cooperador)

QUARTA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Des. LÉDIO ROSA DE ANDRADE – Presidente

Des. José Carlos CARSTENS KÖHLER

Juiz de Direito de Segundo Grau JOSÉ INÁCIO SCHAEFER substituindo o Des.

Des. CESAR Augusto Mimoso Ruiz ABREU

Juiz de Direito de Segundo Grau ALTAMIRO DE OLIVEIRA (Cooperador)

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Des. NEWTON TRISOTTO – Presidente

Des. VANDERLEI ROMER

Des. SÉRGIO Roberto BAASCH LUZ

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

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Des. CID José GOULART Júnior – Presidente

Des. NEWTON JANKE

Des. JOÃO HENRIQUE BLASI

Juiz de Direito de Segundo Grau RICARDO José ROESLER (Cooperador)

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Des. PEDRO MANOEL ABREU – Presidente

Des. LUIZ CÉZAR MEDEIROS

Des. WILSON AUGUSTO DO NASCIMENTO

Juíza de Direito de Segundo Grau SÔNIA MARIA SCHMITZ (Cooperadora)

QUARTA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Des. CLÁUDIO BARRETO DUTRA – Presidente

Des. JOSÉ VOLPATO de Souza

Des. JAIME RAMOS

Juiz de Direito de Segundo Grau RODRIGO Tolentino de Carvalho COLLAÇO
(Cooperador)

CÂMARA ESPECIAL REGIONAL DE CHAPECÓ

Des. CESAR Augusto Mimoso Ruiz ABREU – Presidente

Des. JORGE LUIZ DE BORBA

Juiz de Direito de Segundo Grau GILBERTO GOMES DE OLIVEIRA

Juiz de Direito de Segundo Grau JAIRO FERNANDES GONÇALVES

CÂMARA CIVIL ESPECIAL

Des. Antônio do Rêgo MONTEIRO ROCHA – Presidente

Juiz de Direito de Segundo Grau DOMINGOS PALUDO

Juiz de Direito de Segundo Grau PAULO ROBERTO SARTORATO

Juiz de Direito de Segundo Grau CARLOS ALBERTO CIVINSKI

Juiz de Direito de Segundo Grau LUIZ FERNANDO BOLLER

Juiz de Direito de Segundo Grau SAUL STEIL

SEÇÃO CRIMINAL

Des. SÉRGIO Torres PALADINO – Presidente

Des. IRINEU JOÃO DA SILVA

Des. HILTON CUNHA JÚNIOR

Des. ALEXANDRE d'IVANENKO

Des. MOACYR DE MORAES LIMA FILHO

Desa. MARLI MOSIMANN VARGAS

Juiz de Direito de Segundo Grau ROBERTO LUCAS PACHECO (Substituindo o

Des. José Antônio TORRES MARQUES)

Juiz de Direito de Segundo Grau NEWTON VARELLA JÚNIOR (Substituindo o Des. RUI Francisco Barreiros FORTES)

Juiz de Direito de Segundo Grau ALTAMIRO DE OLIVEIRA (Substituindo a Desa. SALETE SILVA SOMMARIVA)

PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL

Des. HILTON CUNHA JÚNIOR – Presidente

Desa. MARLI MOSIMANN VARGAS

Juiz de Direito de Segundo Grau NEWTON VARELLA JÚNIOR (Cooperador e Substituindo o Des. RUI Francisco Barreiros FORTES)

SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL

Des. SÉRGIO Torres PALADINO – Presidente

Des. IRINEU JOÃO DA SILVA

Juiz de Direito de Segundo Grau ALTAMIRO DE OLIVEIRA (Juiz de Direito de Segundo Grau ALTAMIRO DE OLIVEIRA (Substituindo a Des. SALETE SILVA SOMMARIVA)

Desa. SALETE SILVA SOMMARIVA)

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

TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL

Des. ALEXANDRE d'IVANENKO – Presidente

Des. MOACYR DE MORAES LIMA FILHO

Juiz de Direito de Segundo Grau ROBERTO LUCAS PACHECO (Cooperador e substituindo o Des. José Antônio TORRES MARQUES)

JUIZES CORREGEDORES

Juiz de Direito DINART FRANCISCO MACHADO

Juíza de Direito SORAYA NUNES LINS

Juiz de Direito VOLNEI CELSO TOMAZINI

Juiz de Direito OSMAR MOHR

Juiz de Direito ALEXANDRE KARAZAWA TAKASCHIMA

COORDENADORIA DE MAGISTRADOS

Juiz LUIZ FELIPE SIEGERT SCHUCH

CHEFE DE GABINETE DA PRESIDÊNCIA

RIZA QUARESMA BUTTER

DIREÇÃO-GERAL ADMINISTRATIVA

SÉRGIO GALLIZA

DIREÇÃO-GERAL JUDICIÁRIA

CLEVERSON OLIVEIRA

SUMÁRIO

5 COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DOCTRINA

- 25 Intervenção regulatória e federação – André R. C. Fontes.
- 40 Pluralismo jurídico e novas perspectivas dos direitos humanos – Antônio Carlos Wolkmer.
- 59 (A inexistência de) Controle de constitucionalidade das leis penais em branco: Causas e consequências – Francisco de Assis do Rêgo Monteiro Rocha Júnior.
- 83 Anotações a Lei n. 11.719/08 – Maurílio Moreira Leite.

HISTÓRIA JURÍDICA

- 105 Comarca de Lages: 150 Anos – Carlos A. Silveira Lenzi.
- 116 Tempos de (uma) Mulher – Léo Rosa de Andrade.

NOTICIÁRIO

- 121 Discurso de Posse do Desembargador João Eduardo Souza Varella no Cargo de Presidente do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.
- 126 Discurso de Posse do Dr. Joel Dias Figueira Júnior no Cargo de Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

- 143 Ação Rescisória
- 161 *Habeas Corpus*
- 167 Recurso Extraordinário

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

- 203 Conflito de Competência
- 214 *Habeas Corpus*
- 223 Recurso em Mandado de Segurança

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA

TRIBUNAL PLENO

233 Agravo de Inconstitucionalidade em Apelação Cível

SEÇÃO CIVIL

250 Agravo Regimental em Mandado de Segurança

CÂMARA CIVIL ESPECIAL

267 Agravo em Agravo de Instrumento

280 Agravo de Instrumento

302 *Habeas Corpus*

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

306 Agravos de Instrumento

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

328 Agravo de Instrumento

337 Apelações Cíveis

QUARTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

377 Agravo de Instrumento

381 Apelação Cível

QUARTA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

388 Agravo de Instrumento

392 Apelações Cíveis

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO

430 Mandado de Segurança

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

439 Apelações Cíveis

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

474 Apelação Cível

490 Apelação Cível em Mandado de Segurança

QUARTA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

504 Apelações Cíveis

CÂMARA ESPECIAL REGIONAL DE CHAPECÓ

554 Agravo em Agravo de Instrumento

PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL

558 Apelações Criminais

SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL

579 Apelações Criminais

651 *Habeas Corpus*

661 Recurso Criminal

TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL

675 Apelações Criminais

720 *Habeas Corpus*

PRIMEIRA INSTÂNCIA

729 SENTENÇA

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

757 **ÍNDICE NUMÉRICO**

763 **ÍNDICE POR ASSUNTO**

787 **ÍNDICE ONOMÁSTICO**

DOCTRINA

INTERVENÇÃO REGULATÓRIA E FEDERAÇÃO

André R. C. Fontes*

A intervenção do Estado na economia, como um todo único e interconexo, tal como chegam a aclarar os estudiosos, é, atualmente, definida com certo grau de precisão e tomada como ponto de partida para a fisiologia da moldura estatal contemporânea. O tema ocupa o lugar central das categorias da Economia Política e pode-se, sem dúvida, afirmar que é o centro de gravidade da explicação da riqueza no Estado moderno. Reduzida ao mais conseqüente dos espíritos e resultante de uma magnitude sensível, a perspectiva intervencionista não tolera arbitrariedades nas formas de produção e serve como marco entre a miséria e a riqueza de um povo.

Está preparado o terreno para uma nova concepção de mundo. É uma necessidade amadurecida, como testemunha da riqueza de uma nação, mas não sem amargar um prolongado e difícil desenvolvimento, que percorre toda história humana. Ao seu próprio tempo, o peso da atividade econômica no destino de um país permitiu sistematizar todo o conjunto de conhecimentos acumulados pela humanidade, durante anos, e dar perfeita conta da necessidade de abandonar os pensamentos e opiniões, os apetites e a paixões mutáveis dos indivíduos e de examinar as causas que tem fundamentos visíveis na natureza econômica. De conformidade com cada espírito de época, brotaram correntes, variadas e muitas vezes opostas, no pensamento econômico e na Economia Política. Para se determinar o conteúdo da atividade estatal, fez-se necessário ter presente que, de acordo com o desenvolvimento da civilização e concomitantemente com a mudança das necessidades sociais, que exigem uma satisfação dis-

* Desembargador do Tribunal Regional Federal da 2ª Região (Rio de Janeiro e Espírito Santo)

seminada e adequada, coube ao Estado determinados fins, que variam no espaço e no tempo.

O pensamento da liberdade não se limitou a impulsionar a economia. Em verdade, ele realizou uma revolução em todas as esferas do conhecimento. O estudo de pensadores sobre os países e o bem-estar dos povos serviu-lhes de método de análise integral das relações sociais, e sobre essa base retiraram as devidas conclusões políticas. Importa assinalar se, realmente, dessas teorias se demonstraria certa ordem no completo caos, no espaço e no tempo, antes das medidas estatais. Foi no estudo profundo da Economia e da Política que se ofereceu novo e abundante material para o movimento intervencionista.

Por outro lado, não bastava apenas conhecer as leis gerais, esmiuçadas em análises teóricas, para compreender-se porque um regime econômico devia ser substituído por outro. De todas as relações travadas em um país, as relações econômicas ocupam o primeiro lugar. Seja porque as relações da sociedade em geral e as relações econômicas são inseparáveis e indissociáveis, seja porque, sem estudá-las, não é possível encontrar a resposta para a questão de como chegar ao *optimum* da ação intervencionista estatal, em prol do bem comum.

O desejo de tornar o mundo melhor exigiu a substituição de uma economia antiquada e desordenada, por uma nova ordem econômica que, por amor à verdade, resultasse no impulso científico de toda a organização. A forma arcaica e imperfeita foi oposta ao sentido de que se reconhece mais consistente e preciso para regularizar os fenômenos determinantes da economia, de modo a descortinar toda a desordem encoberta por aparências de certeza, que chegava mesmo a firmar verdadeiros paradoxos, incompatíveis com a mais idealizada economia.

A possibilidade de se estabelecer o princípio da participação coercitiva do Estado na circulação mercantil, na produção industrial, no fluxo do

transporte, na condução das comunicações, na idéia de quantidade e qualidade da produção nacional fica distante do acaso e passa a estar sujeita aos influxos da ação estatal. A liberdade da empresa e a economia de mercado estariam, de forma consciente, orientadas para a correção de distorções que atentassem contra a soberania nacional, a função social da propriedade e a defesa do consumo, mediante imposições administrativas (art. 170 da Constituição da República). A idéia de um instrumento de intervenção que desnudasse qualquer visão ingênua da ordem da produção e penetrasse nos inacessíveis espaços internos da estrutura econômica e dos agentes econômicos é que conduziu à perspectiva regulatória da economia.

Os atributos da regulação e seu mecanismo de interferência junto aos agentes econômicos fazem com que ela se separe das demais formas de intervenção do Estado na economia e preserve seu caráter essencial e universal. Houve nas intervenções estatais na economia a redução das formas existentes a espécies próprias, que conservam seus traços e peculiaridades, essenciais para compreensão de cada uma. No quadro de existência das formas de intervenção do Estado na economia encontramos, ao lado da (i) intervenção regulatória, (ii) a intervenção concorrencial, (iii) a que traduz um monopólio do próprio Estado — as intervenções monopolistas, como é o caso da indústria nuclear no Brasil — e (iv) aquele grupo de intervenções destinado a punir abusos econômicos, praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular (ar. 173, § 5º, da Constituição da República) ou na aplicação do imposto sobre propriedade urbana não-edificada ou subutilizada (art. 182, § 4º, da Constituição), que consubstancia a intervenção sancionatória.

Somente em meados do Século XX, amadureceram as premissas para o surgimento de uma concepção básica e unificada de regulação. A liberdade econômica provocou o aparecimento de economias fortes, o que levou ao surgimento daquilo que se cunhou de *grandes potências*, como a Inglaterra, a França, a Alemanha e, em especial, os Estados Unidos da América.

Todas as tentativas de criar uma teoria universal acabada estavam de antemão condenadas ao fracasso. Com o passar dos anos, as teorias extinguíram-se com o término das épocas que lhes deram vida, passando à história juntamente com os agentes econômicos, cujos interesses expressavam. Só as idéias que refletiam mais profundamente a realidade de cada povo, de cada país, é que permaneceram na memória do pensamento social da humanidade. E são essas que foram assimiladas pelas novas teorias, que expressam os imperativos da prática.

Os dados obtidos pela experiência dos povos confirmam e autorizam a assertiva, apoiada nos fatos mais visíveis das mais diversificadas nações, que a regulação é inerente à economia de cada país, de modo que ela não constitui uma forma de infirmá-la ou limitá-la. A regulação não é estranha a nenhuma economia livre e concretamente identificada. A palavra “intervenção” para a locução “intervenção regulatória” deve ser entendida como forma de realizar a própria economia. Em nenhum momento, a intervenção regulatória pode residir na idéia de que seria estranha ou um obstáculo ao normal funcionamento da economia, como seriam, por exemplo, o planejamento econômico ou mesmo o retorno a uma idéia de Estado-patrimonial, no qual tudo que tivesse expressão econômica seria titularizado pela própria entidade estatal, como a atividade agrícola, a pecuária, a indústria e tudo mais.

A dinâmica dos fenômenos regulatórios e o seu reflexo nos conceitos e categorias da ciência econômica exigem uma certa distinção, que a prática evidencia: o Estado moderno, que, tão cioso de tutelar os direitos fundamentais, não permite retirar conclusões ou mesmo recomendações que se adiantem à realidade econômica e ao sistema de liberdade de empreender e competir. A fase que se reputaria mais clássica do Estado volta-se ao antagonismo entre a democracia e as formas de limitação da liberdade humana. Coube ao Estado estruturar-se para avançar em direção aos mais comezinhos influxos democráticos e na formação dos ideais que

cada instituição democrática pudesse gerar. Dessa forma, desdobrou-se o Estado, por meio de sua ordenação, para a realização do homem e de seus ideais. O desenrolar dessa nova modalidade de condução do Estado amputou dele a capacidade de extrair do contexto vivo e da vasta escala de fenômenos de raiz econômica a aptidão para lidar com o movimento econômico e suas exigências.

Se alguém se propuser a interpretar e estudar os mais díspares objetos econômicos, com discernimento, ficaria esmagado perante a infinita diversidade de fatos isolados e casuais que em nada ou muito pouco auxiliam a compreensão do panorama geral. A importância de descobrir, dentre todo o conjunto de relações gerais, aquelas que são essenciais e necessárias, só se faz possível por meio da análise técnica de instituições reguladoras. Quando se estuda, a fundo, qualquer esfera de conhecimento do mundo que nos rodeia, constata-se no seu desenvolvimento uma certa ordenação, uma seqüência, uma sistematização, uma regularidade. Esse fenômeno também se apresenta no estudo do Estado moderno, que necessita de específicas instituições para que se conheça qualquer esfera da realidade, em estreita ligação objetiva com a economia. Um Estado, como um todo único, que determine e regule a tendência do desenvolvimento da economia, estaria fadado ao insucesso. Ao se decomporem, os Estados formam as instituições, com autoridade e independência, que melhor conduzirão as profundas e complexas interligações que existam entre a economia e a administração pública: as entidades reguladoras independentes.

Nenhuma teoria poderia dar respostas a todas as questões e prever antecipadamente a multiplicidade de incidência da vida. Nenhuma idéia se transforma em força material, sem ser compreendida e assimilada. Nenhuma teoria pode surgir e tornar-se realidade sem refletir o surgimento e o desenvolvimento de objetos e fenômenos. Nenhuma soma simples das partes chegará a um objeto acabado, sem as rodas e espirais de seu funcionamento. Não advirão as condições para o desenvolvimento sem a

iniciativa de pessoas, sem a sua atividade, sem a sua capacidade de compreender e escolher a mais favorável a realizar.

Estado brasileiro formou-se com abundância de tensos e complexos acontecimentos, em volume tal, que põe em situação difícil qualquer historiador que intente escrever um ensaio histórico relativamente breve. A experiência deste trabalho é a exata medida dessa dificuldade. No desejo de relatar os acontecimentos, mas sem a necessária ordem cronológica de exposição, abandonamos, neste texto, a exatidão dos casos, para explanar a evolução do fenômeno que se pretende destacar.

Os melhores representantes das muitas gerações de nosso país consagraram a vida na luta pelo ideal democrático. Mas a só aparição da democracia como consenso da vontade do povo não foi suficiente. Desde o princípio, amadurecemos a idéia de que toda premissa objetiva de democracia só merecia triunfar se ela se traduzisse em descentralização. A descentralização democrática no Brasil significa descentralização política. No vasto território da nossa República, é a Federação, historicamente, a mais basilar forma de democratização por descentralização, a descentralização política.

Toda essa questão nos leva a afirmar que a estrutura federativa é nor-teada pela democracia. E tal dedução prescinde de uma teoria sutil. Outra forma de assinalar esse papel desempenhado pela democracia na federação é a de que essa combinação também não existe como uma peculiaridade de nosso país. Todo governo enfrenta um dilema entre, de um lado, a necessidade de concentrar atividades e recursos na realização de objetivos considerados importantes para nação e, de outro, a necessidade de atender interesses mais específicos, de caráter regional ou local. A compatibilidade, sempre relativa, entre essas duas funções depende, basicamente, do grau do desenvolvimento do país e do amadurecimento político do seu povo.

A experiência federativa não é tão difundida como se sabe. A coesão do povo, integrado por leis comuns a todo território nacional e por leis peculiares a certas áreas geográficas, de forma a encontrar um edifício de muitos andares, cada um com direção própria, pressupõe a presença de particularidades socioculturais e sociopolíticas, que refletem o grau de consciência social e política de um povo, um povo de vida democrática. E se o número de nações determinadas pela precisa demarcação de função, forma, método e trabalho, que a federação assinala é bem menor do que se poderia imaginar, em termos abstratos, é porque a vida democrática é pouco diversificada. Ao mesmo tempo, a própria formação política e a estrutura real do poder dependem da distribuição da população e dos recursos econômicos, que transformam, com frequência, as estruturas federais em estados unitários. A concentração de poderes no executivo moderno, na prática, acaba por fortalecer o caráter unitário do país. Esse é, certamente, o caso das federações existentes nas Américas abaixo do Rio Grande. Verifica-se, contudo, que a permanência do equilíbrio federal não depende, apenas, de equilíbrios econômicos regionais, mas, também, de características ligadas à formação política de cada nação.

Se o esquema de Estado federativo constituiu algo sem paralelo em nosso país, é porque as forças descentralizadoras, diferenciadas e fragmentadas de poder, existentes desde a colonização do Brasil, projetavam-se no novo país e fizeram prevalecer seus espíritos mais enraizados na história e na geografia. No imenso território do Brasil, os poderes autônomos locais se firmaram na vida política brasileira, se não pelo seu processo histórico, talvez pela sua geografia invulgar, já que, ao tempo da sua independência, era o maior Estado do Ocidente. Se há uma hierarquia de conceitos e de idéias, a conduzir pesquisas empíricas e teorias particulares, é de se considerar que toda ciência se assenta sempre em determinados valores fundamentais, que constituem a pedra angular de cada ramo concreto do saber.

A Federação brasileira brotou da práxis e da realidade e seguiu estritamente ligada à consciência habitual, para a que o processo de autocrescimento do País se tornasse um verdadeiro enigma. As capitanias gerais, em que o Brasil foi dividido para efeitos de administração, governavam-se com ampla autonomia, correspondendo-se, cada uma delas, diretamente com a Corte de Lisboa. Um sentimento local acentuado formou-se e fortaleceu-se, ao ponto dessas antigas capitanias se transformarem em províncias, com as mesmas divisas da Colônia. A convocação de Dom Pedro I pela Corte de Lisboa, que provocou a enérgica reação do príncipe que optou por ficar no Brasil, foi precedida pela fragmentação da Administração do Estado do Brasil, que deveria, por meio de cada capitania, relacionar-se diretamente com Portugal. O fortalecimento político de D. Pedro I foi duramente combatido pelas Cortes de Lisboa que, em 24 de abril de 1821, declararam independentes do Rio de Janeiro os governos provinciais do Brasil, os quais ficariam sujeitos, única e imediatamente, à administração portuguesa. Essa determinação de Portugal desorganizava, por completo, a administração do país, transformando-o em um grupo de governos desvinculados da capital, de modo a enfraquecer a autoridade de D. Pedro I. Seria ele reduzido a um simples governador do Rio de Janeiro e das províncias do Sul, e não receberia das demais unidades as rendas que passariam a seguir diretamente para Lisboa. A unidade expressa na atitude do Príncipe Regente nem por isso deixou arrefecer o sentimento local das províncias e de nelas se sentir necessidade de governos subalternos, dotados de poderes suficientes para resolver os mais variados problemas locais.

A Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824, declarava, em seu art. 2º, que o território do Império seria dividido em províncias, que nada mais eram do que reproduções das capitanias então existentes. As províncias foram subordinadas ao poder central, por meio do seu presidente, escolhido e nomeado pelo Imperador, pondo fim a uma liberdade que respondia às condições econômicas, sociais e políticas

que era realidade desde a colonização do país. Sob as ruínas de uma relação centralizada, de um Estado fadado à extinção, o Império não logrou êxito em desalojar as diferentes estruturas estamentais e sociais assentadas nas províncias. Os historiadores retratam um império unitário, mas, na verdade, a fiel reprodução da realidade administrativa da época evidencia o que se poderia chamar de um império de províncias.

O principal programa republicano era a Federação. O paradigma era o exemplo dos Estados Unidos da América. Com a ressalva de que a Constituição do Império dava caráter federativo à incorporação da Província Cisplatina (art. 2^a da Constituição imperial), o fato é que estava centralizada a administração do País, de modo que a simples nomeação de um professor de uma faculdade dependia da Corte. Uma especial referência aos municípios se faz necessária: desde os primórdios da colonização, os municípios tiveram administração própria, suprimida por ocasião do Império.

A glorificação e idealização de federação centrípeta, na qual Estados separados buscam a união e a integração tornou-se lugar-comum do ideal federativo. A federação é reputada perfeita se se apresentasse mediante a união de Estados soberanos. São exemplos os Estados Unidos da América e a Suíça. Os esforços dos que tentam fazer da Federação brasileira um reflexo do que se passa na grande República do Norte passa por uma negação história originária para a forma centrífuga, na qual os estados gozam de autonomia antes centralizada, e distribuída para as novas unidades internas. Esse fato contribui para a falsa idéia de que os problemas federativos encontrariam sua razão de ser na junção de estados soberanos, que se tornaram autônomos. Os problemas da Federação estão concentrados, fundamentalmente, na (a) repartição de atribuições entre a União e os Estados, (b) na discriminação das rendas tributárias, (c) nos conflitos entre Estados ou entre eles e a União, e (d) na intervenção federal nos Estados.

Países se aglutinaram e se formaram como Federações, mas nem por isso deixaram de suprimir a autonomia das divisões internas. Assim ocorreu com a extinta Iugoslávia, que se formou, voluntariamente, ou também na extinta União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, que reuniu, por via militar, antigas repúblicas. O argumento de que o Socialismo impediria a exata formação da estrutura federal é contraditado pelo fato de que os Países Baixos se juntaram em um só Estado, e esse acontecimento não impediu que o país fosse um Estado unitário. A Itália, de um grupo de países, firmou-se como estado unitário, embora sob a forma regional. Por outro lado, a Bélgica, a Áustria, o Canadá e a Austrália, com suas histórias peculiares, puderam ser agrupadas como o Brasil, na forma centrípoda, e mesmo assim tornaram-se modelos de federações.

Outros exemplos históricos podem ser acolhidos. A Argentina, que se formou Federação era, por ocasião da Guerra do Paraguai, uma confederação, conquanto tenha se formado a partir da unidade do Vice-Reino do Prata, que era uma unidade. Seria o exemplo de movimento centrípodo-centrípedo-centrípedo? Tanganica e Zanzibar uniram-se para formar a Tanzânia, mas o novo Estado não incorporou a idéia de Federação.

O território da Luisiana, adquirido pelos Estados Unidos da América, foi fracionado em vários Estados; o Texas, por sua vez, foi separado do México e incorporado aos Estados Unidos da América, que se formou através da reunião de vários Estados. Também os territórios adquiridos do México, mais a oeste dos Estados Unidos, foram divididos formalmente, como um tabuleiro de xadrez. Seriam eles mais autônomos do que as partes da Federação belga, na qual, língua, costumes e tradições, pouco se misturam, ao lado da capacidade de editar leis, apenas porque é o Reino da Bélgica uma Federação centrípoda? Os departamentos bolivianos que lutam pela autonomia seriam menos federados que os estados da grande democracia do Norte, onde a crescente ampliação dos poderes implícitos federais consome as autonomias estaduais? A recente divisão política da

República da África do Sul torna centrípoda a federação que um dia foi centrípoda, pela união dos estados racistas de Orange, Transvaal, Natal e Província do Cabo?

As mentes mais iluminadas da humanidade sempre compreenderam a realidade de um país segundo um quadro de ordem ideal. É reflexo dessa assertiva a insuficiência dos fatores centrípodo-centrípedos nas relações e conhecimentos das concepções federativas. Não obstante essas conclusões, o terreno para a concepção de Estado federativo é vasto. E é uma necessidade, que bem expressa os imperativos da vida em sociedade, enunciar as grandes questões a serem respondidas pelos estudiosos.

O conhecimento científico da Federação é inseparável da evolução histórica do regime ao qual se deve sua formação e denominação nos tempos atuais: a Federação dos Estados Unidos da América. Qualquer formação diversa daquela desenvolvida pela República norte-americana pareceria primitiva ao ideal clássico, mesmo que estejam os Estados Unidos repletos de exemplos de inexplicáveis contradições, ante aos que se viam impotentes de contemplação direta. Como se as variações, com todos os acontecimentos inspirados pelas exigências locais de territórios afeitos à vida independente, de origem variada (inglesa, nas treze colônias originais, espanhola na Flórida, francesa na Luisiana, russa no Alasca, mexicana no Texas), pudessem dar a informação exata do que é uma verdadeira federação.

É na Constituição de cada país que deságua a base para as soluções de problemas tão complexos e espinhosos. Em um Estado genuinamente federal, é necessário o equilíbrio político entre as partes, ou seja, descentralizações políticas entre os Estados e entre eles e a União. O mecanismo fundamental dessa estrutura é a Constituição da República. Introduzida como mecanismo fundamental da engenharia federativa, a Constituição, na sua forma rígida, inibe a União de tolher as competências dos Estados, como exigência de preservação da mais elementar concepção federativa. A

Federação brasileira, em seu aperfeiçoamento, regula as relações entre as partes de sua estrutura e assegura a unidade nacional, ao fixar, rigidamente, as competências das entidades políticas que a compõem. Tendo em conta a vocação regulatória do projeto econômico do país, como força motora do desenvolvimento, foram melhoradas por diversas emendas constitucionais as formas de atitudes que o Estado brasileiro haveria de tomar, diante das mudanças e dos conflitos, especialmente ligados ao afastamento da Administração Pública da atividade econômica.

Foi com a oposição à idéia de que a economia nacional seria coisa pública e que o Estado seria agente econômico que a *res publica* econômica deixa de existir. Procedeu-se à alienação das empresas paraestatais e ergueu-se a idéia de que o Estado passaria a ser intervencionista. A passagem do Estado-agente econômico para o Estado-intervencionista obedeceu a uma radical mudança na economia, pela venda dos ativos empresariais, que, sinteticamente, chama-se *despublicatio*. Porém, foi com o vocábulo “privatização” que o povo brasileiro conheceu e testemunhou a mais extraordinária mudança da economia nacional, em tempos atuais.

A Constituição, escrita e rígida, é fundamental para que o projeto federativo tenha êxito no Brasil, e foi por meio da edição de emendas ao seu texto que se deu a introdução de todo o sistema interventivo regulatório. Está na Constituição a resposta aos conceitos e a generalização da intervenção regulatória. É que as partes e o todo da Federação brasileira estão vinculados à Constituição, e somente ela poderia ampliar a competência da União Federal, dos Estados e Municípios, na delimitação de competências normativas, que redundam na intervenção da economia e na mais exata determinação de uma estrutura federativa. Sem uma resposta constitucional, não teríamos como vincular todos os agentes econômicos às competências normativas dos entes federados, de modo a que todos, na complexidade de uma estrutura interna de instituições independentes,

pudessem implementar a intervenção regulatória por autoridades independentes.

A necessária constitucionalização da intervenção regulatória e de seus órgãos em nosso país é resultante de um sistema rígido de órgãos de competência normativa, de estrutura federal. É que não socorreria aos agentes uma cláusula geral de liberdade econômica, pois ela, sabidamente, sempre foi limitada pela lei. Apesar do aparente contraste entre liberdade econômica na Constituição e possibilidade de lei para a restrição dessa liberdade, encontramos na própria Constituição da República a conciliação entre os dois temas: a idéia de que o exercício da atividade econômica é dependente de lei.

A definição confirmada de que a regulação encontra previsão constitucional para a afirmação federativa e não para criar uma nova espécie de relação entre a liberdade econômica e a lei está assentada na tendência objetiva de o Estado ter sempre criado formas de restrição da atividade econômica, sem necessidade de alteração do texto constitucional.

A formação do regime regulatório, no Brasil, na fase ascendente do ciclo privatista, a fim de assegurar o desenvolvimento coordenado do capital privado, não encontraria óbice em uma legislação ordinária. O concurso de leis para assegurar a ordem na economia do país tradicionalmente serviu, mesmo nas leis mais restritivas, ao estímulo e ao fomento da produção e do desenvolvimento. O Estado brasileiro, invariavelmente, procurou intensificar a atividade econômica, envolvida quase sempre na espontaneidade do mercado e na sua competitividade, de modo a que a regulação seria apenas uma forma de aproveitamento das potencialidades industriais, agrícolas e da movimentação comercial, de modo a assegurar um ritmo estável de aumento da produção. Ao eliminar os antagonismos que o desenvolvimento e a produção intensa provocam, a regulação econômica consubstancia uma maneira de afirmar a ordem econômica, de

realizá-la, de cumprir as necessidades dos agentes econômicos, de fazer avançar a sociedade, de promover a expansão do consumo e o bem-estar geral da população. Se se propõe assegurar o bem-estar e o atendimento do consumo esperado por todos, a regulação está a dar crédito a uma sociedade ordinariamente ávida por leis que a regulem e que assegurem o benefício máximo que possam obter com a ação das entidades reguladoras.

A essência da regulação constitucionalizada é a de alcançar as competências das entidades federadas. Pois a atividade das autoridades de regulação adquire particular envergadura no curso da sua atuação, de modo que a competência dos Estados e Municípios, Distrito Federal e da própria União Federal deixa de existir, na sua feição originária, e passa a ser mais flexível e variada, pela ação das entidades reguladoras.

A experiência de mais de uma década de regulação econômica gera, em nosso país, uma pressão crescente na competência das unidades da Federação e dos Municípios. A variedade de assuntos objeto de regulação permite as entidades reguladoras acentuar, cada vez mais, uma tendência unificadora da atividade econômica nacional, em detrimento dos entes federativos e das suas competências rigidamente estabelecidas na Constituição. A ampliação dos temas regulados propugna o afiançamento da ordenação econômica, mas desbasta a projeção das competências das entidades políticas e agride a sua penosa situação, especialmente os Estados e Municípios, já depauperados no exercício do pouco de competência que, de fato, podem exercer.

A experiência tem mostrado que as decisões dos Tribunais Superiores têm preterido a competência dos Municípios em matéria urbanística, sob o argumento de se tratar de matéria regulada, como é o caso do uso de postes de eletricidades em áreas urbanas, ou mesmo a disciplina do gás pelos Estados, por conta da edição de normas editadas pelas entidades reguladoras.

Seria ingênuo supor que a criação das entidades reguladoras não afetaria as competências dos Estados e Municípios. Por outro lado, a regulação, de fato, atinge e transforma todos os aspectos da vida econômica do país. A possibilidade de um caminho pacífico não deve ser considerada como algo absoluto, nem como renúncia à conquista federativa das competências. Deve-se ter presente, entretanto, que só dispondo de mecanismos constitucionais o exercício das atividades das entidades reguladoras seria possível, já que é esse o único meio de restringir, de modo dinâmico e flexível, as competências das entidades políticas de nosso país.

PLURALISMO JURÍDICO E NOVAS PERSPECTIVAS DOS DIREITOS HUMANOS

Antonio Carlos Wolkmer

*

SUMÁRIO

Introdução. 1 Globalização e emergência de estratégias plurais contra-hegemônicas. 2 Pluralismo jurídico: expressão da alteridade e de práticas sociais participativas. 3 Para uma perspectiva pluralista e intercultural dos direitos humanos. Referências.

RESUMO

O autor demonstra que, ante os recentes processos de dominação e de exclusão de mundialização do capital neoliberal, faz-se imperioso destacar as novas formas emancipatórias e contra-hegemônicas de legitimação do Direito. Trata-se, na verdade, de introduzir, como paradigma, um pluralismo jurídico de tipo democrático e participativo, capaz de viabilizar-se como instrumento de resistência e de afirmação dos direitos humanos emergentes.

Palavras-chave: Mundialização cultural. Pluralismo jurídico. Interculturalidade. Direitos humanos.

* Professor titular de História das Instituições Jurídicas dos cursos de graduação e pós-graduação em Direito da UFSC; doutor em Direito e membro do Instituto dos Advogados Brasileiros (RJ); pesquisador do CNPq; professor visitante de cursos de pós-graduação em várias universidades do Brasil e do exterior; autor de diversos livros, dentre os quais *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*, *Introdução ao pensamento jurídico crítico*, *Direitos humanos e filosofia jurídica na América Latina*, *Síntese de uma história das idéias jurídicas: da antiguidade clássica à modernidade*, *História do direito no Brasil*.

INTRODUÇÃO

O empenho maior e incontestado neste início do novo milênio é como tomar parte deste cenário de mundialização neoliberal, mas sem deixar de estar consciente e agir no âmbito cultural da diversidade e da legitimidade regional. Trata-se de repensar um projeto social e político contra-hegemônico, apto a redefinir os procedimentos clássicos entre os poderes estatal e societário, entre o universalismo ético e o relativismo cultural, entre a razão prática e a filosofia do sujeito, entre o discurso de integração e o de diversidade, entre as formas tradicionais de normatividade e as manifestações plurais não formais de jurisdição.

Introduzir outro modo de vida impulsiona a dimensão cultural por outras possibilidades de experiência, de relações sociais e ordenações das práticas instituintes. Em tal intento, a prioridade não estará no Estado-Nacional e no Mercado, mas, presentemente, na força da sociedade enquanto novo espaço comunitário de efetivação da pluralidade democrática, comprometida com a alteridade e com a diversidade cultural. Em sua força insurgente, o poder da instância societária proporciona, para o espaço institucional, valores culturais diferenciados, procedimentos distintos de prática política e de acesso à justiça, “novas definições de direitos, de identidades e autonomia”, projetando a força de sujeitos sociais como fonte de legitimação do *locus* sociopolítico e da constituição constante de direitos que se pautam pela dignidade humana e pelo reconhecimento à diferença.

Ora, diante dos inusitados processos de dominação e exclusão produzidos pela globalização, pelo capital financeiro e pelo neoliberalismo que vêm modificando basicamente relações sociais, formas de representação e de legitimação, ganha relevância reintroduzir politicamente o poder de ação da comunidade, o retorno dos agentes históricos, o aparecimento inédito de direitos humanos relacionados às minorias e a produção alternativa de acesso à justiça, com base no viés interpretativo da pluralidade

de fontes. Na verdade, a formação de uma cultura jurídica antidogmática, anti-individualista e antimonista, embasada em princípios comunitários, está necessariamente vinculada aos critérios de uma nova legitimação social e de um novo diálogo intercultural. O grau dessa validade pressupõe o reconhecimento da identidade¹ de direitos dos sujeitos sociais (aqui incluindo os grupos culturais minoritários), de suas diferenças, de suas necessidades básicas e de suas reivindicações por autonomia. Certamente, é essencial sublinhar, neste novo milênio, os recentes processos plurais emancipatórios e contra-hegemônicos de legitimação do Direito (SANTOS, 2003, p. 25-66).

De qualquer forma, na perspectiva da América Latina, para se instituir uma cultura político-jurídica mais democrática é necessário pensar em formas de produção do conhecimento que partam da práxis pluralista como expressão do direito à diferença², à identidade coletiva, à autonomia³ e à igualdade de acesso a direitos. Há, portanto, que desencadear tal processo, revendo a contemporaneidade do paradigma pluralista como princípio de legitimidade política, jurídica e cultural. Do pluralismo não como possibilidade, mas como condição primeira. É o que se verá nesta reflexão: ao criticar o neocolonialismo liberal do capital financeiro e os desenfreados genocídios étnico-culturais, introduz-se o pluralismo democrático como instrumento de luta para combater as mazelas da globalização e para legitimá-lo como estratégia contra-hegemônica de resistência e de afirmação dos direitos humanos emergentes.

- 1 Compreende-se, aqui, *identidade* como o conjunto de características específicas a determinado grupo humano, em seu modo de ser, pensar e agir.
- 2 Para León Olivé (1999, p. 89), o *direito à diferença* refere-se ao direito dos indivíduos a serem reconhecidos como integrantes de certa comunidade cultural, de modo a desfrutar “das condições apropriadas para que esta se preserve, se desenvolva e floresça, de acordo com as decisões que seus membros tomem de maneira autônoma”.
- 3 A *autonomia* pode ser vista como uma das formas de manifestação do princípio da autodeterminação. Implica a luta de comunidades minoritárias (populações indígenas, grupos afro-americanos, identidades nacionais etc.) para preservar suas tradições. Tais comunidades podem “estabelecer livremente o seu *status* político e prosseguir livremente o seu desenvolvimento econômico, social e cultural”. Assim, no entendimento de Yash Ghai (2003, p. 570), o princípio da autodeterminação confere às comunidades minoritárias o “direito de autonomia ou de autogoverno em relação a questões relacionadas a seus assuntos internos e locais”.

1 GLOBALIZAÇÃO E EMERGÊNCIA DE ESTRATÉGIAS PLURAIS CONTRA-HEGEMÔNICAS

Redefinir a vida humana, configurada na historicidade de sujeitos singulares e coletivos, com dignidade, com identidade e com reconhecimento à diferença, implica ter consciência e lutar contra imposições padronizadas que caracterizam a sociedade mundial, estremecida com o enfraquecimento dos Estados-nacionais, com a supremacia selvagem do mercado financeiro e com a hegemonia política do neoliberalismo. Nesse sentido, importa sublinhar breve recorte do cenário cultural por fenômenos como globalização e neoliberalismo. Tendo em conta seu impacto no âmbito da vida humana, no Direito e na sociedade, convém explicitar, como faz Octávio Ianni (1995, p. 13-25), que a globalização, mais que a “intensificação das relações sociais em escala mundial [...] é uma realidade em processo, que [...] atinge as coisas, as gentes e as idéias, bem como as sociedades e as nações, as culturas e as civilizações”, colocando-se “o problema do contraponto globalização e diversidade”⁴.

Parece claro que a questão da globalização, introduzida na década de setenta na esfera da comunicação e da cultura, acaba sendo adotada e difundida nos parâmetros da sociedade internacional relacionada à mundialização de políticas econômicas, comerciais e financeiras de grandes conglomerados empresariais.

O processo de mundialização do espaço não nacional é contingência, certamente, dos avanços científicos e das revoluções tecnológicas (informática, telecomunicação, biotecnologia, novas formas de energia, como o *laser* etc.) (DOWBOR, 1996, p. 23; 1998, p. 29-46). Embora sejam processos concomitantes que permanecem interagindo “nas últimas décadas, há que se diferenciar a globalização (ampliação do espaço, desterritorialização e transnacionalização, principalmente econômica, tecnológica e cultural)

4 Constatar ainda em Ianni (1996), Bauman (1999), Santos (2000).

da doutrina teórico-prática de justificação e legitimização denominada neoliberalismo” (O NEOLIBERALISMO..., 1996, p. 19). Em tal sentido, a interpretação e a prática da ideologia neoliberal, particularmente na América Latina, têm-se projetado como

concepção radical do capitalismo que tende a absolutizar o mercado, até convertê-lo em meio, em método e fim de todo comportamento humano racional. Segundo essa concepção, ficam subordinados ao mercado a vida das pessoas, o comportamento da sociedade e a política dos governos. O mercado absolutista não aceita nenhuma forma de regulamentação (O NEOLIBERALISMO..., 1996, p. 21)⁵.

Tal sistema de princípios e valores exige o Estado de grande parcela de responsabilidade, limitando-lhe a intervenção e atuação a garantir o mínimo de bens para todo cidadão. Ao ajustar e estabilizar a economia capitalista para as grandes burocracias e as elites financeiras internacionais, o neoliberalismo acabou, na esteira dessas manobras, contribuindo para acelerar imensos desequilíbrios econômicos, elevar as taxas de desemprego, aprofundar as desigualdades sociais, acentuar os desajustes no cotidiano das comunidades locais e o genocídio cultural.

Assim, o surgimento de novas formas de dominação e exclusão produzidas pela globalização e pelo neoliberalismo afetou substancialmente também as práticas políticas tradicionais e os padrões normativos que têm regulado as condições de vida em sociedade. Tais reflexos têm incidido igualmente na própria instância convencional de poder, o Estado nacional e soberano. Nesse aspecto, fica evidente um certo esgotamento do Estado-Nação como instância institucional privilegiada de legitimação. Não parece correto afirmar, como adverte Ianni (1995), que o Estado deixará de existir, mas estão sendo postas em discussão suas funções clássicas, para readequá-las aos novos cenários mundiais, gerados pelo confronto entre Sociedade e Mercado. Por certo que

5 Sobre a crítica ao neoliberalismo, consultar: Sader (1995), Batista (1994), Comblin (2000).

as forças sociais, econômicas, políticas, culturais, geopolíticas, religiosas e outras, que operam em escala mundial, desafiam o Estado-Nação, com a sua soberania, como o lugar da hegemonia. Sendo assim, os esforços do Projeto Nacional, seja qual for a sua tonalidade prática ou econômica, reduzem-se, anulam-se ou somente podem ser recriados sob outras condições. A globalização cria injunções e estabelece parâmetros, anula e abre horizontes (IANNI, 1995, p. 17)⁶.

Diante do declínio das práticas tradicionais de representação política, da escassa eficácia das estruturas judiciais e estatais em responder à pluralidade de demandas e conflitos, do crescente aumento de bolsões de miséria e das novas relações colonizadoras de países ricos com nações em desenvolvimento, abre-se a discussão para a consciente busca de alternativas capazes de desencadear diretrizes, práticas e regulações voltadas para o reconhecimento à diferença (singular e coletiva) de uma vida humana com maior identidade, autonomia e dignidade.

Diante da nova relação entre Estado e Sociedade, em todo esse processo de lutas e superações multiculturais no âmbito local, cria-se um novo espaço comunitário, “de caráter neo-estatal, que funde o Estado e a Sociedade no público: um espaço de decisões não controladas nem determinadas pelo Estado, mas induzidas pela sociedade” (GENRO, 1999, p. 41). Nessa perspectiva, o pluralismo comprometido com a alteridade e com a diversidade cultural projeta-se como instrumento contra-hegemônico, porquanto mobiliza concretamente a relação mais direta entre novos sujeitos sociais e o poder institucional, favorecendo a formação de um processo comunitário participativo, definindo mecanismos plurais de exercício democrático e viabilizando cenários de reconhecimento e de afirmação de direitos humanos.

6 Sobre a problematização do Estado-Nação e sua discussão atual, verificar também: Held (1997), Fiori (1993, p. 24-31), Novaes (2003).

2 PLURALISMO JURÍDICO: EXPRESSÃO DA ALTERIDADE E DE PRÁTICAS SOCIAIS PARTICIPATIVAS

O reconhecimento do pluralismo na perspectiva da alteridade e da emancipação revela o *locus* de coexistência para uma compreensão crescente de elementos multiculturais criativos, diferenciados e participativos. Em uma sociedade composta por comunidades e culturas diversas, o pluralismo fundado numa democracia expressa o reconhecimento dos valores coletivos materializados na dimensão cultural de cada grupo e de cada comunidade⁷. Tal intento de conceber a pluralidade de culturas na sociedade, de estimular a participação de grupos culturais minoritários e de comunidades étnicas se aproxima da temática do “multiculturalismo”. Autores como Adela Cortina (1999, p. 180) relembram que foi na Espanha do tempo da Reconquista que se constituíram os primórdios do debate multicultural, expresso na “convivência de três culturas – cristã, árabe e judia – em um certo número de cidades”. Assim, cabe assinalar “que o começo do debate do multiculturalismo data do século XVI e, concretamente, do momento da grande expansão da cultura europeia” (CORTINA, 1999, p. 183-184). O vocábulo é retomado e passa a ser utilizado crescentemente nos debates acadêmicos a partir dos anos setenta do século XX, em países como Canadá, Estados Unidos e Austrália (CORTINA, 1999). O termo *multiculturalismo*, que adquire diferentes significados (conservador, progressista, crítico etc.), expressa, no dizer de Boaventura de S. Santos e João A. Nunes (2003, p. 26), a “coexistência de formas culturais ou de grupos caracterizados por culturas diferentes no seio da sociedade ‘moderna’”⁸. Trata-se de

conceito eurocêntrico, criado para descrever a diversidade cultural no quadro dos Estados-Nação do hemisfério norte e para lidar com a situação resultante do afluxo de imigrantes vindos do sul para um espaço europeu sem fronteiras internas, da diversidade étnica e afirmação identitária das minorias nos EUA

7 Observar: D’Adesky (2001, p. 196-205), Verhelst (1992, p. 92), Olivé (1999, p. 107 et seq.; 2004, p. 70-75 e 142).

8 Semprini (1999), Taylor (s.d.).

e dos problemas específicos de países como o Canadá, com comunidades lingüísticas ou étnicas territorialmente diferenciadas. [...] um conceito que o Norte procura impor aos países do Sul como modo de definir a condição histórica e identidade destes (SANTOS, 2003, p. 30).

Entretanto, como ressaltam Boaventura de S. Santos e João A. Nunes (2003, p. 33), “existem diferentes noções de multiculturalismo”. No caso específico da versão emancipatória, centraliza-se no reconhecimento “do direito à diferença e da coexistência ou construção de uma vida em comum além de diferenças de vários tipos” (SANTOS, 2003, p. 62)⁹, e pode tornar-se imperativo como exigência e afirmação do diálogo. Naturalmente, o pluralismo como valor aberto e democrático, que representa distinções, diversidade e heterogeneidade, tem no multiculturalismo uma de suas formas possíveis de reconhecimento e articulação das diferenças culturais.

Na configuração dos princípios iniciais de um horizonte culturalmente compartilhado e dialógico, o pluralismo legitima-se como proposta político-multicultural nos níveis teórico e prático.

Sob um viés progressista, o pluralismo se redefine como *locus* privilegiado que se contrapõe aos extremos da fragmentação atomista e da ingerência sem limites do poder político. Enquanto expressão da hegemonia de corpos sociais intermediários, o pluralismo tem seu embate articulado contra as diversas formas de individualismo e de estatismo, pautado por autonomia, diferença e tolerância (WOLKMER, 2001, p. 174).

A problematização e a relevância da temática pluralista conduz, necessariamente, à discussão das possibilidades de nova cultura jurídica, com legitimação assentada no reconhecimento da justa satisfação de neces-

9 Vide McLaren (1997), Etxeberria (2004).

sidades básicas e na ação participativa dos sujeitos insurgentes, singulares e coletivos. No âmbito do Direito, a pluralidade expressa

a coexistência de normatividades diferenciadas que define ou não relações entre si. O pluralismo pode ter como intento práticas normativas autônomas e autênticas, geradas por diferentes forças sociais ou manifestações legais plurais e complementares, podendo ou não ser reconhecidas, incorporadas ou controladas pelo Estado (WOLKMER, 2001, p. 222).

Certamente que o pluralismo jurídico tem o mérito de revelar a rica produção legal informal engendrada pelas condições materiais, lutas sociais e contradições pluriclassistas. Isso explica por que, no capitalismo periférico latino-americano, o pluralismo jurídico passa “pela redefinição das relações entre poder centralizador de regulamentação do Estado e pelo esforço desafiador de auto-regulação dos movimentos sociais e múltiplas entidades voluntárias excluídas” (WOLKMER, 2001, p. 223-331).

O reconhecimento de outra cultura jurídica, marcada pelo pluralismo de tipo comunitário-participativo e pela legitimidade construída através das práticas internalizadas de sujeitos sociais, permite avançar na redefinição e afirmação de direitos humanos numa perspectiva da interculturalidade. Da interculturalidade entendida como filosofia crítico-cultural, como horizonte de diálogo equitativo, “como um espaço da negociação [...], como reconhecimento do pluralismo cultural [...], em que nenhuma cultura é um absoluto, senão uma possibilidade constitutivamente aberta a possível fecundação por outras culturas” (MORENO, 1998, p. 31)¹⁰. Ainda que por vezes seja associada ao multiculturalismo (ou uma forma ou variante deste), a interculturalidade tem especificidade própria, pois, considerando o pluralismo cultural e a nova hermenêutica filosófica, revela-se “um horizonte de diálogo”; define-se, conforme Isidoro Moreno (1998, p. 31), como “um quadro comum de referência metacultural”,

10 Sobre a discussão da *interculturalidade*, consultar: Fernet-Betancourt (2001), Sidekum (2003, p. 299-316), Soriano (2004, p. 81 et seq.), Palanca (2000).

compatibilizando “conceitos, estratégias, identificação de problemas, valores e formas de negociação de cada parte”. Para Salas Astrain (2003, p. 327), a interculturalidade “alude a um tipo de sociedade emergente, em que as comunidades étnicas, os grupos e classes sociais se reconhecem em suas diferenças e buscam sua mútua compreensão e valorização”, o que se efetiva através de “instâncias dialogais”. Já na perspectiva hermenêutica da filosofia, a interculturalidade “tem como tema central a problemática da identidade, o modo de ser, o modo peculiar de pensar”. Trata-se de um discurso sobre culturas enquanto “síntese de elementos inovadores, transportados, assimiladas num processo histórico” (SIDEKUM, 2003, p. 287-288). Por consequência, a interculturalidade em sua dimensão pluralista tem caráter dialógico, hermenêutico e interdisciplinar.

Tendo em conta esse espaço transformador e de diálogo intercultural é que se buscam formas alternativas de fundamentação, quer de um pluralismo jurídico de tipo emancipatório, quer dos direitos humanos como processo intercultural. Certamente que tais pressupostos instituem-se na práxis participativa de sujeitos insurgentes diferenciados e no reconhecimento da satisfação de suas necessidades, dentre as quais a vida humana com dignidade e com respeito à diversidade.

É inegável que, em tempos de transição paradigmática e pós-colonial, a configuração de perspectiva jurídica mais crítica, interdisciplinar e intercultural, expressa na prática determinante e efetiva de novos sujeitos históricos, projeta-se não só como fonte de legitimação da pluralidade jurídica emancipatória e de direitos humanos diferenciados, mas também como meio privilegiado de resistência radical e contra-hegemônica aos processos de exclusão e de desconstitucionalização do “mundo da vida”.

3 PARA UMA PERSPECTIVA PLURALISTA E INTERCULTURAL DOS DIREITOS HUMANOS

Na presente contemporaneidade político-institucional, inter-relacionada ao processo capitalista de produção e à lógica individualista de representação social, vem impondo-se a busca de “alternativas plausíveis ao capitalismo globalizado” (HOUTART, 2001, p. 165-178). Uma das estratégias possíveis é trazer, para a pauta de discussão, o referencial dos direitos humanos em sua dimensão utópica, emancipadora e multicultural.

Mesmo não fazendo questionamentos sobre a natureza, os fundamentos e a evolução histórica dos direitos humanos, não se poderia deixar de mencionar brevemente que a doutrina tem respondido aos valores, exigências e necessidades de momentos culturais distintos na historicidade da sociedade moderna ocidental. Assim, há que reconhecer certos matizes processuais específicos da concepção dos direitos humanos liberal-burguesa dos séculos XVIII e XIX e daquela própria de fins do século XX, num cenário de desconstrução globalizante neoliberal.

Se, por um lado, foi ideologicamente relevante a bandeira dos direitos humanos como apanágio da luta contra as formas arbitrárias de poder e em defesa da garantia das liberdades individuais, por outro, além de sua idealização assumir contornos formais e abstratos, sua fonte de legitimação reduziu-se ao poder oficial estatal. Parte-se, portanto, de um formalismo monista em que toda produção jurídica moderna está sujeita ao poder do Estado e às leis do mercado. Naturalmente, como reconhece Boaventura de Sousa Santos (1989, p. 7-8), a concepção moderna dos direitos humanos apresenta limites inegáveis. O primeiro reside no fato de que os direitos humanos confinaram-se ao direito estatal, o que cerceou “muito o seu impacto democratizador”, pois os deixou sem uma base mais direta com outros direitos não estatais. Um segundo limite prende-se à negação vivenciada e reproduzida pelo Direito Moderno, traduzida na ênfase técnico-formal pela promulgação positiva de direitos, com a consequente

negligência “do quadro de aplicação”, de negação da real efetividade desses direitos, abrindo uma “distância entre os cidadãos e o Direito” (SANTOS, 1989, p. 8-9).

Para enfrentar o momento histórico assumido pela apropriação do capital financeiro e pela ordem internacional marcada pela globalização neoliberal, percebe-se uma nova fase histórica e uma “nova perspectiva teórica e política no que se refere aos Direitos Humanos” (FLORES, 2004, p. 95). Trata-se de questionar “a natureza individualista, essencialista, estatista e formalista dos direitos” e partir para uma redefinição multicultural de direitos humanos,

entendidos como processos sociais, econômicos, políticos e culturais que, por um lado, configurem materialmente [...] esse ato ético e político maduro e radical de criação de uma nova ordem; e, por outro, a matriz para a constituição de novas práticas sociais, de novas subjetividades antagonistas [...] dessa ordem global (FLORES, 2004, p. 95 e 100) vigente.

É relevante, portanto, o processo de redefinir e de consolidar a afirmação de direitos humanos numa perspectiva integral, local e intercultural. Como assinala Flávia Piovesan (2004, p. 29),

se, tradicionalmente, a agenda de Direitos Humanos centrou-se na tutela de direitos civis e políticos [...], testemunha-se, atualmente, a ampliação dessa agenda tradicional, que passa a incorporar novos direitos, com ênfase nos direitos econômicos, sociais e culturais.

Torna-se, hoje, primordial, para melhor compreensão, direcionar os direitos humanos em termos multiculturais, ou seja, concebê-los como novas modalidades de cidadania, fundados, como querem Boaventura de S. Santos e João A. Nunes (2003, p. 34), no “reconhecimento da diferença e na criação de políticas sociais voltadas para a redução das desigualdades, a redistribuição

de recursos e a inclusão” social. Correto é ponderar que os direitos humanos, engendrados no bojo de uma tradição liberal-burguesa, não estão mais centrados nos direitos individuais, mas incluem direitos sociais, econômicos e culturais. Certamente que, na evolução dos direitos humanos, a discussão do direito das minorias e dos grupos étnicos marginalizados tem favorecido o cenário do multiculturalismo como pauta e como processo de desenvolvimento da democracia em número crescente de países (SIDEKUM, 2003, p. 77). Ao proclamar a legitimidade de que todo indivíduo tem o direito a participar da vida cultural (art. 15, *a*), o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966) avança para além, englobando os direitos coletivos das minorias e dos múltiplos grupos étnicos, pois “os direitos individuais à cultura não podem ser exercidos efetivamente se não se reconhecem ao mesmo tempo os direitos da coletividade cultural” (STAVENHAGEN, 1998, p. 102). Assim, para Stavenhagen (1998, p. 105), “a luta pelos direitos humanos é tarefa coletiva que requer que o Estado e o sistema jurídico reconheçam as identidades grupais de populações minoritárias, tradicionalmente marginalizadas e excluídas”.

Naturalmente, na advertência de Yrigoyen Fajardo (2004, p. 220-221), “a resistência da mentalidade monista, monocultural e racista dos operadores jurídicos e políticos [...] constitui uma barreira importante para a efetiva vigência do reconhecimento do pluralismo legal e da construção de um Estado pluricultural”¹¹. De qualquer forma, urge “a superação do conceito individualista, monocultural e positivista dos direitos humanos para, sobre a base da igual dignidade das culturas, abrir caminho para uma definição e interpretação intercultural dos direitos humanos” (FAJARDO, 2004, p. 198)¹².

11 Observar, sobre o *Estado Pluralista*: Villoro (1998).

12 Observar, igualmente: Eberhard (2004, p. 159-203).

Em verdade, por trás dos embates pelos direitos humanos, surge, para Boaventura de S. Santos (MARBELA, 1995, p. 13),

um novo ecumenismo de lutas contra-hegemônicas, emancipatórias, em que grupos sociais, movimentos de base, partindo de pressupostos culturais diferentes – islâmicos, hindus, católicos, protestantes – estão tentando encontrar formas de dialogar sobre, ou sob todas as diferenças culturais que os dividem¹³.

Sintetizando, é na perspectiva paradigmática do Pluralismo Jurídico de tipo comunitário-participativo e com base num diálogo intercultural que se deverão definir e interpretar os marcos de uma nova concepção de direitos humanos.

13 Ver também Santos (1997, p. 105-124).

REFERÊNCIAS

- ASTRAIN, Ricardo Salas. Ética intercultural e pensamento latino-americano. In: SIDEKUM, Antonio (Org.). *Alteridade e multiculturalismo*. Ijuí: Unijuí, 2003.
- BATISTA, Paulo Nogueira. *O consenso de Washington: a visão neoliberal dos problemas da América Latina*. 2. ed. São Paulo: Pedex, 1994.
- BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as conseqüências humanas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.
- COMBLIN, José. *O neoliberalismo: ideologia dominante na virada do século*. Petrópolis: Vozes, 2000.
- CORTINA, Adela. *Ciudadanos del mundo: hacia una teoría de la ciudadanía*. Madrid: Alianza, 1999.
- D'ADESKY, Jacques. *Pluralismo étnico e multiculturalismo: racismos e anti-racismos no Brasil*. Rio de Janeiro: Pallas, 2001.
- DOWBOR, Ladislau. *A reprodução social: propostas para uma gestão descentralizada*. Petrópolis: Vozes, 1998.
- _____. Governabilidade e descentralização. *São Paulo em Perspectiva*. São Paulo: Seade, n. 3, jul./set. 1996.
- EBERHARD, Christoph. Direitos humanos e diálogo intercultural: uma perspectiva antropológica. In: BALDI, Cesar A. (Org.). *Direitos humanos na sociedade cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- ETXEVERRIA, Xabier. *Sociedades multiculturales*. Bilbao: Mens Aero, 2004.

FAJARDO, Raquel Yrigoyen. Vislumbrando un horizonte pluralista: rupturas y retos epistemológicos y políticos. In: LUCIC, Milka Castro (Editora). *Los desafíos de la interculturalidad: identidad, política y derecho*. Santiago: Universidad de Chile, 2004.

FIORI, Jorge Luis. Globalização, estados nacionais e políticas públicas. *Ciência Hoje*. v. 16, n. 96, dez. 1993.

FLORES, Joaquín Herrera. Los derechos humanos en el contexto de la globalización: tres precisiones conceptuales. In: RÚBIO, David Sánchez (Org.). *Direitos humanos e globalização: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

FORNET-BETANCOURT, Raúl. *Transformación intercultural de la filosofía*. Bilbao: Desclée de Brouwer, 2001.

GENRO, Tarso F. *O futuro por armar: democracia e socialismo na era globalitária*. Petrópolis: Vozes, 1999.

GHAI, Yash. Globalização, multiculturalismo e direito. In: SANTOS, Boaventura de S. (Org.). *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

HELD, David. *La democracia y el orden global: del estado moderno al gobierno cosmopolita*. Barcelona: Paidós, 1997.

HELLER, Agnes; FEHÉR, Ferenc. *Más allá de la justicia*. Barcelona: Crítica, 1990.

_____. *Políticas de la postmodernidad*. Barcelona: Península, 1989.

_____. *Teoría de las necesidades en Marx*. Barcelona: Península, 1978.

HOUTART, François. Alternativas plausíveis ao capitalismo globalizado. In: CATTANI, Antonio David (Org.). *Fórum social*

mundial: a construção de um mundo melhor. Porto Alegre/Petrópolis: UFRGS/Vozes, 2001.

IANNI, Octávio. *A sociedade global*. 4. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1996.

_____. Globalização: novo paradigma das ciências sociais. In: ADORNO, Sérgio (Org.). *A sociologia entre a modernidade e a contemporaneidade*. Porto Alegre: Ed. UFRGS, 1995.

MARBELA, Jurandir. Entrevista com o Professor Boaventura de Sousa Santos. Coimbra, 1995. Mimeografado.

McLAREN, Peter. *Multiculturalismo crítico*. São Paulo: Cortez, 1997.

MORENO, Isidoro. Derechos humanos, ciudadanía e interculturalidad. In: DÍAZ, Emma Martín; SIERRA, Sebastián de la Obra (Editores). *Repensando la ciudadanía*. Sevilla: El Monte, 1998.

NOVAES, Adauto (Org.). *A crise do estado-nação*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

OLIVÉ, León. *Interculturalismo y justicia social*. México: Unam, 2004.

_____. *Multiculturalismo y pluralismo*. México: Paidós, 1999.

O neoliberalismo na América Latina: carta dos superiores provinciais da Companhia de Jesus da América Latina. São Paulo: Loyola, 1996.

PALANCA, Diana de Vallescar. *Cultura, multiculturalismo e interculturalidad: hacia una racionalidad intercultural*. Madrid: El Perpetuo Socorro, 2000.

PIOVESAN, Flávia. Direitos sociais, econômicos e culturais e direitos civis e políticos. *SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos*. São Paulo: SUR, n. 1, 1º sem., 2004.

SADER, Emir; GENTILI, Pablo. *Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o estado democrático*. 2. ed. Rio de Janeiro: Graphia, 1995.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Os direitos humanos na pós-modernidade. *Direito e Sociedade*. Coimbra, n. 4, mar. 1989.

_____. (Org.). *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

_____. Uma concepção multicultural de direitos humanos. *Revista Lua Nova*. São Paulo: Cedec, n. 39, 1997.

SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Record, 2000.

SEMPRINI, Andrea. *Multiculturalismo*. Bauru/SP: Edusc, 1999.

SIDEKUM, Antonio (Org.). *Alteridade e Multiculturalismo*. Ijuí: Unijuí, 2003.

_____. Multiculturalismo: desafios para a educação na América Latina. In: LAMPERT, Ernâni (Org.). *Educação na América Latina: encontros e desencontros*. Pelotas: EDUCAT/UFPeL.

SORIANO, Ramón. *Interculturalismo: entre liberalismo y comunitarismo*. Córdoba: Almuzara, 2004.

STAVENHAGEN, Rodolfo. Derechos humanos y ciudadanía multicultural: los pueblos indígenas. In: DÍAZ, Emma Martín; SIERRA, Sebastián de la Obra (Ed.). *Repensando la ciudadanía*. Sevilla: El Monte, 1998.

TAYLOR, Charles et al. *Multiculturalismo*. Lisboa: Instituto Praget, s.d.

VERHELST, Thierry G. *O direito à diferença*. Petrópolis: Vozes, 1992.

VILLOORO, Luis. *Estado plural, pluralidad de culturas*. México: Paidós, 1998.

WOLKMER, Antonio Carlos. Sobre a teoria das necessidades: a condição dos novos direitos. *Alter Agora*. Florianópolis: CCJ/UFSC, n. 1, maio 1994.

_____. Direitos, poder local e novos sujeitos sociais. In: RODRIGUES, H. W. (Org.). *O direito no terceiro milênio*. Canoas: Ulbra, 2000.

_____. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*. 3. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 2001.

(A INEXISTÊNCIA DE) CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS PENAIS EM BRANCO: CAUSAS E CONSEQUÊNCIAS

Francisco de Assis do Rêgo Monteiro Rocha Júnior*

RESUMO

A partir da definição de leis penais em branco – leis penais que necessitam de complemento, por não descreverem inteiramente a ação proibida – e o pano de fundo que demanda sua respectiva produção, analisa-se a inconstitucionalidade dos complementos de hierarquia inferior, por ofensa ao art. 5º, XXXIX e art. 22, I, ambos da Constituição Federal. Ao final, apresentam-se hipóteses de quais seriam as causas criminológicas do não reconhecimento de tal inconstitucionalidade por parte de doutrina e Tribunais, bem como, apresentam-se algumas consequências que podem ser recolhidas neste contexto.

Palavras-chave: Lei penal em branco heterogênea. Inconstitucionalidade. Causas. Consequências.

INTRODUÇÃO

Segundo afirma Klaus Tiedemann (2002, p. 73), “qualificam-se como leis penais em branco em sentido amplo todos os tipos penais abertos, que não descrevem inteiramente a ação ou a matéria de proibição e se encontram, por conseguinte, carentes de complementação”. Afirma o autor (TIEDEMANN, 2002, p. 74) que segundo a doutrina dominante “desde

* Professor de Direito Penal na Unibrasil e no Curso de pós-graduação de Direito Penal e Processual Penal da ABDCONST. Pós-graduado em Criminologia e Direito Penal pelo ICPC-UFPR. Mestre em Direito do Estado pela UFPR. Advogado criminal militante.

Binding, a *verdadeira* lei penal em branco se caracteriza por exigir que a integração do preceito penal ou contravencional proceda de ato de uma instância distinta da que estabelece a cominação penal” (grifo nosso).

Verdadeira, segundo Tiedemann (2002), porque além das citadas “leis penais em branco verdadeiras”, que para nossa doutrina também podem ser definidas como heterogêneas (GOMES, 2004, p. 152) ou em sentido estrito ou próprias (PRADO, 2005, p. 36), também podem as leis penais em branco ser complementadas pelo próprio legislador do qual emana a norma principal. Exemplo destas, que se denominam leis penais em branco homogêneas (GOMES, 2004, p. 152), em sentido amplo impróprias (PRADO, 2005, p. 36), são os crimes funcionais, previstos no art. 312 e ss. do Código Penal, os quais devem ser obrigatoriamente complementados por uma definição de funcionário público, a qual é elaborada pelo art. 327 do mesmo diploma legal.

O principal fundamento para se sustentar a existência desse tipo normativo reside – hoje mais do que nunca – em uma metodologia de enfrentamento da crise por que passa o Direito Penal. É que no dizer de Faria Costa (2001, p. 14), o Direito

Actua, por conseguinte, sempre em um momento posterior ao problema. Há todo um processo de ponderação e de reflexão mesmo institucional que, pela própria natureza das coisas, se postula lento. Tudo isto sai ainda mais reforçado quando olhamos para a lei incriminadora. Aquela que constitui e deve continuar a constituir a pedra angular de todo o sistema penal. [...] acontece que todo este processo legiferante é também, ninguém o desconhece, lento, às vezes penosamente lento.

Para Faria Costa (2001, p. 14), se a legitimidade originária do *ius puniendi* está nos parlamentos democraticamente eleitos, há que se perceber que eles têm uma produção legislativa demorada e de baixa intensidade. Tal fenômeno, para o autor (COSTA, 2001, p. 15), se

já era, por vezes, incompreendido ou mal percebido pela comunidade em geral, então, face à uma sociedade que cada vez mais valoriza o fazer, o movimento, a constante informação em tempo real, a lentidão das instituições democráticas entra em manifesta ruptura com a vertigem da exigência de respostas rápidas e eficientes – e, portanto, também respostas rápidas e eficientes contra a criminalidade¹.

Se está certa a afirmação de Agostinho Ramalho Marques Neto (2001, p. 187), para quem o objeto do Direito pode ser qualquer fenômeno social, bastando que se o estude dentro dos enfoques teóricos e metodológicos próprios da ciência normativa – que não é normativo, mas se destina a uma posterior normatização, chega-se à conclusão, a partir das análises destes dois autores, de que o Direito sempre está atrasado em relação à realidade social.

Ao contrário das sociedades simples que “podiam arranjar-se com os dez mandamentos” (ROXIN, 2006, p. 15) as sociedades modernas, na medida em que se tornam mais complexas, necessitam de mais regulamentação, o que prova um desencontro cada vez mais intenso entre o Direito e a sociedade a ser regulada. A partir de tal análise, verifica-se que na seara penal, o fenômeno torna-se ainda mais premente, pois aqui, é onde a realidade bate mais insistentemente em nossas portas, trazendo sentimentos de medo e insegurança, a cada rebelião nos presídios, a cada final de semana de chacinas e criminalidade, a cada novo chefe de facção que ascende à mídia. A consequente constatação da população e das autoridades públicas é, efetivamente, a “demora” e a “baixa intensidade” da legislação penal.

Dáí todo o fundamento, nos dias atuais, da legitimidade das leis penais em branco. Vislumbrando-se uma incapacidade das leis em fornecer pronta e rápida resposta aos novos problemas sociais, em virtude da

1 Afirma o autor, no mesmo trecho, que a citada eficiência foi erigida como modelo de atuação quer do nosso modo-de-ser individual, quer do nosso modo-de-ser colectivo.

demora do legislador, lança mão o Estado de outras técnicas, além das leis em sentido estrito.

Entre estas, é o objeto da presente análise, as leis penais em branco, cujos complementos, podem ser facilmente adaptáveis às mais variadas circunstâncias (ROXIN, 2006, p. 16)². Inclusive, esclareça-se, a própria vocação de permanência, ínsita às leis, propicia o seu envelhecimento havendo a necessidade de mecanismos mais dinâmicos e eficazes. Nas palavras de Klaus Tiedemann (2002, p. 77): “a razão do emprego da técnica do ‘espaço em branco’ radica fundamentalmente em que ao estabelecer um marco de proibição penal deve ser levado em consideração a necessidade de regulação e circunstâncias mutáveis no espaço e no tempo”. Mesmo que seja – este expediente – inconstitucional, como se passa a demonstrar.

1 DA INCONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS PENAIS EM BRANCO PRÓPRIAS

Dando continuidade às suas definições do tema, pode-se antever a questão que se pretende discutir no presente texto, quando Tiedemann (2002, p. 77) assevera que o tema das leis penais em branco, trata, sobretudo, de “remissões a disposições administrativas gerais (regulamentos jurídicos ou administrativos) mas, também, *segundo controversa opinião* de reenvio a atos particulares da Administração pública (atos administrativos)” (grifo nosso).

É o momento de se deixar claro nosso entendimento sobre o tema: não há qualquer vício de inconstitucionalidade nas leis penais em branco homogêneas, em sentido amplo ou impróprias, nas quais há remissão a outra norma emanada da mesma fonte – a denominada complementação homóloga³. Aqui, o complemento, por ter as mesmas origens da lei em

2 Sobre o número rapidamente crescente das regulamentações de direito penal econômico ver Roxin (2006, p. 15).

3 Exemplo neste sentido, da Suprema Corte: RHC n. 80090/SP – São Paulo; rel. Min. Ilmar Galvão; julgamento: 9-5-2000; órgão julgador: Primeira Turma; publicação: DJ 16-6-2000, p. 00044, v. 01995-02, p. 00284.

branco, cumpre fielmente os requisitos constitucionais para sua validade (ZAFFARONI et al., 2003, p. 206)⁴.

Contudo, chega-se à conclusão diametralmente oposta no que se refere às penais em branco próprias ou heterogêneas. Estas são eminentemente inconstitucionais. É que dentro dos cânones constitucionais, somente poderíamos ter um reenvio interno (quando a complementação é realizada através de outra disposição da própria lei) ou externo (quando a complementação se dá através de outra lei de hierarquia idêntica ou superior) (ZAFFARONI et al., 2003, p. 206).

Como corolário da afirmação acima exposta, temos que não pode existir, à luz da Constituição Federal, criminalização de conduta através de complementos cuja hierarquia é inferior a da norma penal em branco, como são os casos das instruções normativas, das cartas-circulares, das portarias e de toda uma série de espécies normativas cujas edições refogem aos pressupostos mínimos exigíveis para a atividade criminalizadora do Estado.

Mas, verticalizemos a questão. Quais são as razões – constitucionais – que nos levam a apontar a inconstitucionalidade das leis penais em branco cuja complementação se dá através de complemento de hierarquia inferior?

EMENTA: RECURSO DE *HABEAS CORPUS* INTERPOSTO CONTRA DECISÃO DENEGATÓRIA PROFERIDA PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. PRETENSÃO AO TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL POR INFRAÇÃO AOS ARTS. 7º, IX, DA LEI N. 8.137/90 C/C O ART. 16, § 6º, DA LEI N. 8.078/90. EXPOSIÇÃO À VENDA DE MERCADORIA COM PRAZO DE VALIDADE VENCIDO. *A tipificação da figura penal definida no art. 7º, IX, da Lei n. 8.137/90, por ser norma penal em branco, foi adequadamente preenchida pelo art. 18, § 6º, I, do Código de Defesa do Consumidor, que define como impróprio ao uso e consumo produto cujo prazo de validade esteja vencido. A exposição à venda de produto em condições impróprias ao consumo já configura o delito, que é formal e de mera conduta, consumando-se com a simples ação do agente, sendo dispensável a comprovação da impropriedade material. Recurso de Habeas Corpus improvido (grifo nosso).*

4 No mesmo sentido (PAVÓN, 2002, p. 153), “somente a lei penal em branco em sentido próprio (remissão a uma norma de menor hierarquia) infringiria princípio da legalidade, ao se produzir uma delegação à instâncias não competentes em matéria penal, com o que isso significa para a legitimidade democrática para a norma” (tradução nossa).

Esses são os pontos que doravante passamos a expor de forma pormenorizada, contudo, desde já se pode deixar assentado que a inconstitucionalidade é observável pela absoluta afronta às diferentes dimensões do princípio da legalidade, no âmbito penal. Aqui, compreendendo-se tanto o princípio da legalidade criminal (*não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal* – art. 5º, inc. XXXIX da Constituição Federal), quanto o princípio da reserva legal em matéria penal (*compete privativamente à União legislar sobre direito penal* – art. 22, I, da Constituição Federal). Analisemo-las.

1.1 Da ofensa ao art. 5º, inc. XXXIX da Constituição Federal

Primeiramente, é de se asseverar que a complementação de lei penal em branco com norma de hierarquia inferior ofende explicitamente o art. 5º, inc. XXXIX da Constituição Federal, na medida em que este estabelece a necessidade de um mínimo de previsibilidade da intervenção do poder punitivo do estado.

Ora, havendo criminalização através de instrumentos normativos de hierarquia inferior, provenientes, diga-se, normalmente de órgãos da administração pública, o mínimo de previsibilidade exigível para a atuação do poder punitivo estatal será eliminado, através do que, também, eliminar-se-ia, qualquer sentimento de segurança jurídica por parte da população.

A qualquer momento, um burocrata de algum recôndito órgão estatal pode redigir uma norma interna, que à título “de estar complementando norma penal em branco” estaria, de fato, criminalizando condutas, que até então, seriam desconsideradas pelo direito.

Pode-se inclusive se socorrer de exemplo estabelecido pelo art. 54 da Lei 9605/98, que positiva: *Art. 54. Causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da*

flora. Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa. Seguindo-se raciocínio que considera constitucional a complementação com norma inferior, bastaria uma carta-circular, uma portaria, ou um ofício de um servidor lotado no Ministério do Meio Ambiente estabelecendo que certa ação produz poluição, para ser passível a prisão em flagrante da referida conduta, que seria, inclusive, inafiançável.

Contudo, vê-se que tanto neste exemplo, quanto em diversas outras situações de complementação de lei penal em branco por norma de cariz inferior, deparamo-nos com situação de absoluta *afrenta ao conteúdo material do princípio da legalidade*, qual seja, a previsibilidade da intervenção do poder punitivo e a segurança jurídica do cidadão, que se encontra, dessa forma, completamente à mercê e absurdamente vinculado ao capricho de agentes estatais.

E mais: se sob a vigência do princípio da legalidade os órgãos de repressão estatais (Polícia Civil, Polícia Federal, Ministério Público, Ministério Público Federal, Secretarias de Segurança, Ministério da Justiça, entre outros) já são seletivos, adotando os critérios oferecidos pela mídia, pela política e pelo poder econômico para orientar suas respectivas atividades⁵, o que se dizer quando se pretende rasgar o princípio da legalidade, e, portanto, a Constituição Federal, complementando as leis penais com todo e qualquer tipo de normas? A seletividade se multiplicaria.

A interpretação que se deve dar ao dispositivo constitucional em comento, referentemente à atuação jurisdicional, é a de que, cabe ao Poder Judiciário justamente reduzir a discricionariedade absoluta e a seletividade dos poderes públicos, trazendo-os de volta à trilha da constitucionalidade e da legalidade quando seus arroubos fazem resvalar suas respectivas condutas, como ocorrem nestas bizarras complementações.

5 Entre outros, Zaffaroni et al. (2003, p. 44) e Dias et al. (1984, p. 284-286).

Ainda que haja um quase que absoluto silêncio nos manuais sobre o tema⁶, há respeitáveis argumentos, que suscitam o salutar debate acadêmico, de que não haveria fissura ao princípio da legalidade. É o que sustentam Andrei Zenkner Schmidt e Luciano Feldens (2006, p. 153) quando afirmam que não há ataque ao citado princípio, pois

[...] todas as normas penais são instrumentos absolutamente precários para uma tal segurança jurídica ser atingida em termos absolutos, pois a linguagem é, em si, imprecisa e mutável. Consequentemente, é impossível a definição legal de condutas por meio de normas absolutamente precisas, já que o sentido semântico das elementares sempre irá permitir, em alguma medida, determinadas valorações culturais de parte do hermenêuta.

Continuam os autores (SCHMIDT; FELDENS, 2006, p. 153): “Aliás, mais grave que as normas penais em branco são as elementares normativas de valoração de conduta (exemplo: motivo torpe, ato obsceno, grave ameaça etc.), cujo conteúdo sequer encontra-se dado previamente ao cidadão”.

Nada mais correto do que afirmar que inexistente possibilidade de não nos socorrermos da analogia, mesmo em interpretações que seriam absolutamente “literais”. Porém, a partir desse raciocínio, não se pode escancarar as portas da legalidade, e deixar de se entender como princípio vinculante da seara penal.

Ora, realizando paralelo com o conceito “democracia”, seria o mesmo que sustentar que como a democracia não é suficiente para termos elei-

6 Não abordam o tema da constitucionalidade do complemento das leis penais em branco, BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 142; DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal*: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 225; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*: parte geral. ed. rev. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 75-76; MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 50-51, TELES, Ney Moura. *Direito penal*: parte geral: arts. 1º a 120. São Paulo: Atlas, 2004. v. 1, p. 99-102, dentre outros. Quanto aos argumentos de Álvaro Maynink da Costa (*Direito penal*: parte geral. 6. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 1998. t. 1, v. 1) que propende pela constitucionalidade do instituto porque pode ser acopladas por *qualquer norma* que apresente aspecto material de lei, todas as assertivas que exporemos durante o texto, quer nos parecer, combatem o posicionamento.

ções livres, mídia independente e não intervenção do poder econômico, o melhor é retomarmos um regime ditatorial. Se nossa postura seria a de, no tema da democracia, escolher vereda em que democratizaríamos a democracia, a partir de uma visualização participativa desta⁷, evidentemente, no tema referente à complementação das normas penais em branco, para sermos coerentes, não podemos abandonar o tema da luz constitucional, numa postura da qual transpira a ideia de que “bom... tem coisa pior... então, vai assim mesmo”.

A partir dessa visualização, verifica-se que o argumento do não ataque ao princípio da legalidade em virtude de que podem existir outros ataques mais pujantes, não é suficiente para descurar a manifesta inconstitucionalidade de que padecem as normas penais em branco homogêneas.

Ademais sobre o tema, é de se rememorar o chamado *Brandeis-Brief* – memorial utilizado pelo advogado Louis D. Brandeis, no “case Müller versus Oregon” (1908), que continha 2 páginas dedicadas às questões jurídicas e 110 voltadas para os efeitos da longa duração do trabalho sobre a situação da mulher. A partir do seu enfoque, desautorizou-se a concepção dominante, segundo a qual a questão constitucional configurava simples “questão jurídica” de confronto da validade da lei em face da Constituição (HALL, 1992, p. 85). E, assim sendo, não se pode deixar de se reconhecer a inconstitucionalidade desta esdrúxula complementação, pois, não há argumento empírico e científico que escore a constitucionalidade dos complementos das leis penais. Mormente se o argumento da constitucionalidade for o de que “há analogia em outras espécies normativas no Direito penal que são mais deletérias para a legalidade”.

Como se não bastasse, essa argumentação relativa ao espraiamento da analogia como fundamento da constitucionalidade dos complementos

7 Sobre o tema verifica a obra “Democratizar a Democracia” nos quais se relatam várias experiências neste sentido ocorridas na Índia, África do Sul, Brasil, entre outros países (SANTOS, 2002).

inferiores da lei penal em branco, torna-se ainda mais débil se o cotejarmos com a necessária origem democrática das leis penais incriminadoras, objeto do próximo subitem.

1.2 Da ofensa ao art. 22, inc. I da Constituição Federal

Em segundo lugar, também se deve externar a ofensa explícita ao art. 22, inc. I da Constituição Federal. Os estratagemas dos órgãos de criminalização que vêm sustentando a criminalização de condutas através dos mais variados expedientes normativos infralegais, também se constitui em afronta à garantia da *lex populi*, que em síntese, significa reserva de lei penal aprovada pelo Parlamento.

De fato, como sustentam Zaffaroni et al. (2003, p. 205), tal tipo de complementação, advinda de órgão sem autoridade constitucional legiferante penal, macula o procedimento, constituindo-se em delegação legislativa constitucionalmente proibida.

Em uma ideia: só pode definir crime a lei formalmente discutida e aprovada pelo Parlamento – representantes diretos do povo são os que têm legitimidade para deliberar sobre o proibido ou sobre a ilicitude penal do fato.

Como afirma Pilar Gómez Pavón (2002, p. 152),

o princípio da legalidade não pretende e é assim desde seus primórdios, meramente informar ao cidadão as consequências de seus atos, e limitar a função do juiz; ao contrário, a segurança jurídica deve significar, ademais, que as restrições de liberdade que comporta o emprego do direito penal emanem do Poder Legislativo, como órgão representativo da vontade geral, o que, por sua vez, garante a igualdade de todos perante a lei.

Em verdade, sequer haveria a necessidade de disposição constitucional explícita como a que ora se aponta como ofendida (art. 22, I), pois, estarmos constitucionalizados sob o manto de Estado Democrático

de Direito, significa que somente o debate democrático parlamentar teria idoneidade para ponderar e garantir os interesses da liberdade individual e da segurança pública, vez que como corolário, vige em nosso sistema a tripartição de poderes. Nessa questão reside a fundamentação democrático-representativa do Direito penal, na medida em que se instrumentaliza enquanto elemento de mediação entre liberdade individual e segurança pública.

Mas Pavón (2002, p. 133) vai além:

a definição de delitos sempre comporta restrições da esfera de liberdade privada, que somente a vontade geral pode adotar, principalmente por serem necessárias para garantir essa liberdade [...]. Não se deve, portanto, considerar correta a tese que aponta como fundamento conseguir o conhecimento das leis pelos cidadãos, pretensão de uma parte utópica, já que dificilmente se pode lograr conhecimento completo, inclusive para os próprios profissionais do direito.

Evidentemente não chegamos ao paradoxo, como o faz a autora, de negar a primeira faceta do princípio da legalidade para destacar esta segunda. Contudo, pode-se inferir da assertiva que, como não se pode discordar completamente da constatação de que o conhecimento das normas é utópico, cerremos nossas fileiras, ao menos, na necessidade das normas terem uma origem democrática.

O elemento central deste ponto, quer nos parecer, é demonstrar a falibilidade da argumentação que sustenta que através da complementação não se está criminalizando, mas apenas regulamentando aquilo que já fora criminalizado. Senão vejamos.

Primeiramente, há que se verificar que admitir tal assertiva seria fechar os olhos à realidade (de que são as normas complementares que dão eficácia à criminalização) e adentrar num puro formalismo, segundo o qual, bastaria ao Estado promulgar uma lei, como por exemplo, “é crime atentar contra os interesses do Estado Brasileiro”, para poder criminalizar

qualquer conduta, via regulamento, portaria ou circular. Não seria demais dizer que se trata de técnica típica de regime ditatorial, a qual se imagina suplantada com o advento da Constituição Federal de 1988.

É claro que a sustentação da constitucionalidade dos complementos da lei penal em branco é mais elaborada, e facilmente transpõe esse primeiro obstáculo que apresentamos. A argumentação continua, no sentido de que a conduta já está definida na lei penal em branco, não integrando, o complemento, o tipo penal.

Nesse sentido temos Andrei Zenkner Schmidt e Luciano Feldens (2006, p. 154), os quais utilizam argumento do Tribunal Constitucional espanhol “na apreciação da tese de inconstitucionalidade de norma penal em branco que previa um delito ecológico: a lei além de prever a pena, deve conter el núcleo essencial de la prohibición, de tal forma que a delegação não transfira ao poder executivo os limites do injusto pena”. Aduzem ainda que este é o entendimento dos Tribunais Superiores Alemães, afirmando que “Em termos semelhantes é a jurisprudência do Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Federal alemão) e do Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo Federal alemão), que exige que a proibição penal deva ser previsível a partir da lei, de modo que unicamente as questões de detalhe (Spezifizierung) possam ser deixadas em mãos do titular do poder regulamentador” (SCHMIDT; FELDENS, 2006, p. 154).

Dessa feita, para os autores (SCHMIDT; FELDENS, 2006, p. 154), somente seriam inconstitucionais os tipos penais que remetessem todo o conteúdo do injusto à legislação administrativa, sem especificar as modalidades de conduta que, além de configurarem infração administrativa, possam também constituir um suposto penal típico, seguindo a linha proposta por Tiedemann (2002, p. 77), quando afirma:

Seja como for, deve ser o próprio legislador quem toma a decisão última sobre o possível conteúdo da norma de comportamento. De maneira que, quando deixa o legislador plena liberdade à

Administração para estabelecer obrigações de comportamento, o correspondente tipo penal ou contravencional se torna inconstitucional por vulnerar [...] a Constituição Federal.

Do que se depreende de Schmidt e Feldens, como visto, a questão se tornaria eminentemente formal, no sentido de que, somente seriam inconstitucionais aquelas *leis que remetessem todo o conteúdo do injusto à legislação administrativa*. A inconstitucionalidade, na visão dos autores, somente ocorreria no caso de a lei absolutamente genérica, na qual a ofensa à legalidade estaria na própria descrição típica e não no uso do complemento. Solução com a qual, desconsidera-se o art. 22, I da Constituição Federal.

Mas nossas críticas quanto à constitucionalidade do procedimento não cessam neste primeiro patamar. Há que se analisar, em segundo lugar, que a tese sustentada pelos Tribunais Constitucionais da Alemanha e da Espanha é imprecisa, e pode conduzir a um esvaziamento do conteúdo das suas próprias garantias (PAVÓN, 2002, p. 156). Sustenta Pilar Gómez Pavón (2002, p. 157) que *“dever-se-ia declarar inconstitucional remissões genéricas à regulamentação, quando o ilícito se determina na norma de remissão, limitando-se a lei penal a contemplar uma conduta, em princípio não proibida”* através do que, estabelece-se um critério bem mais preciso para se aferir a constitucionalidade.

Em terceiro plano, há que se vislumbrar que a tal argumento deve-se somar o próprio entendimento do Supremo Tribunal Federal⁸, segundo o qual, a lei penal em branco somente pode ser aplicada depois da vigência da norma a que remete o tipo. E, em assim sendo, é claro que a criminalização só se aperfeiçoa com a regulamentação respectiva, sendo as condutas anteriores à regulamentação, atípicas. Por tal razão, é evidente, não se pode compreender a demanda constitucional como satisfeita a partir do

8 Inq n. 1915/RS – Rio Grande do Sul; rel. Min. Sepúlveda Pertence; julgamento 5-8-2004; órgão julgador: Tribunal Pleno; publicação: DJ 28-10-2004, p. 00037; v. 02170-01, p. 00078.

singelo argumento de que há lei exarada pelo Parlamento e que somente seu complemento terá feições extraparlamentares. Se o complemento não fizesse parte do tipo, isso é evidente, haveria criminalização independente de sua vigência. O que não ocorre no Brasil, segundo posição do Excelso Pretório.

Em quarto lugar, e como se não bastassem os argumentos anteriores, é de se destacar ainda o fato de que o expediente não encontra respaldo algum no nosso Texto Constitucional, que não se satisfaz com o formalismo da solução apresentada. Sobre a análise meramente formal do princípio, há que se socorrer, novamente, à Pilar Gómez Pavón (2002, p. 111) que sobre o tema, já assentou:

Não cabe, portanto, cair-se no erro de se considerar o princípio da legalidade como uma mera garantia de segurança e previsibilidade, ainda que seja indubitável que origina uma maior segurança para o cidadão, evitar-se o arbítrio judicial. Não se trata, somente, de um juiz racional, mas de um legislador racional. Legislação racional que responda a interesses da maioria não aos do “soberano” ou determinado grupo. Somente quando o princípio da legalidade deixa de garantir exclusivamente a submissão do juiz a lei e constitui a salvaguarda do interesse público, podemos falar da verdadeira vigência do mesmo.

Em quinto lugar, nunca é demais lembrar: se sequer o Estado-membro pode legislar em matéria criminal por força do citado preceito constitucional, e segundo entendimento pacífico do Excelso Pretório⁹, é apodíctico que órgão público que não tem a envergadura constitucional de um ente federativo também não o pode.

Como sexto argumento para respaldar a inconstitucionalidade que se levanta repare-se em argumento de Zaffaroni et al. (2003, p. 206), segundo o qual, a assertiva *necessidade da rápida adaptação da lei penal nas sociedades*

9 Entre muitos: ADI-MC n. 3269/DF – Distrito Federal; rel. Min. Cezar Peluso; julgamento: 28-10-2004; órgão julgador: Tribunal Pleno; publicação: DJ 3-12-2004, p. 00012, v. 02175-02, p. 00222; RTJ v. 00192-03, p. 00897.

de risco tampouco neutraliza a inconstitucionalidade do procedimento que se analisa. Segundo os autores (ZAFFARONI et al., 2003, p. 206), “*não há matéria que requeira mudanças tão rápidas e que seja, seriamente, carente de previsão punitiva e por outro lado, essa é justamente a função constitucional do legislador*”.

Veja-se que o argumento dos aclamados autores (ZAFFARONI et al., 2003) parece ser tão singelo quanto a seguinte indagação: a necessidade de leis penais dinâmicas é porque elas efetivamente combatem rapidamente o problema social, retomando a “paz social” e a “tranquilidade do uso-fruto dos bens jurídicos” que existia antes destes problemas? Sem nos adentrarmos no tema, anote-se: há carências de provas empíricas e reais de que (rápidas) leis penais combatem (rapidamente) problemas sociais¹⁰. Vê-se que essa utilização de complementos das leis penais em branco, trata-se antes de uma postura ideológica do que o fruto de uma análise científica acerca do campo jurídico-penal.

Na mesma linha, mas a partir de um ângulo diferente, sustenta Faria Costa (2001, p. 15), que se atualmente nos interrogamos sobre a celeridade do ataque à criminalidade, “é evidente que deixamos em aberto toda a questão central e essencial que é a da legitimidade”. Indaga o autor (COSTA, 2001, p. 15), no mesmo texto: “a quem pertence a legitimidade para desencadear e conduzir todo o procedimento de luta para com a criminalidade (?)”.

Sustentam, por fim, Schmidt e Feldens, a correção da “observação de Arroyo Zapatero, no sentido de que cuando a esta descripción se añade la remisión a normas sublegislativas, lo que em realidad se está haciendo no es ampliar, sino restringir ei âmbito de lo ya prohibido”. O argumento de que se estaria restringindo o *ius puniendi* estatal com a complementação das normas penais em branco, mais uma vez, não procede. Como vimos, e

10 Sobre a ideologia da punição, o grande pano de fundo para esta postura perante o direito penal, ver item 3.1 adiante.

segundo posicionamento do Supremo Tribunal Federal, só há punibilidade quando há vigência do complemento. Dessa forma, a complementação antes de se constituir em limitação à punição, constitui-se, efetivamente, em pressuposto para tanto.

Por fim, numa sétima linha argumentativa, há que se escutar as ponderações de Juarez Cirino dos Santos (2006, p. 50), para quem a infração ao princípio da legalidade se daria no sentido de que o Direito Penal não pode ser empregado para realizar políticas públicas emergenciais, o que, de fato, acaba sendo o grande mote da atuação da Administração Pública quando se refere a espécie legislativa em análise.

2 CAUSAS E CONSEQUÊNCIAS DA NÃO DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS PENAIS EM BRANCO HOMOGÊNEAS

2.1 Causas

Não obstante os temas acima abordados e as razões dantes expostas para se declarar a inconstitucionalidade das leis penais em branco próprias, o fato é que o entendimento jurisprudencial no Brasil (como se passa a analisar) e no exterior (como já se viu) é no sentido de se consagrar a constitucionalidade desse tipo legal.

Aclaram-se as razões para tal postura, na medida em que se analisa o atual paradigma em que está inserido o Direito penal na atualidade. Trecho de texto de José Joaquim Gomes Canotilho (2006, p. 330) pode ser exemplificativo para tal mister:

No plano do direito penal (e processo penal) as refrações do hipergarantismo explicam também a superlativização da cultura iluminístico-liberal centrada na proteção do criminoso com quase completo desprezo da vítima. O direito penal do cidadão – o Bürgerstrafrecht – equivale a um “direito penal do

criminoso” e “o direito constitucional à liberdade do crime”. Os custos constitucionais e penais do hipergarantismo não devem subestimar-se.

O excerto é por demais eloquente. Não são necessárias maiores elucubrações, mesmo porque refugiam aos estreitos limites do presente texto, para chegarmos à conclusão de que o Direito Penal vem se apresentando como elixir milagroso contra todos os males da sociedade; seja contra a ameaça do PCC e do crime organizado por aqui, seja contra a ameaça do terrorismo xenófobo acolá, o fato é que muitas fichas tem sido apostadas no poder punitivo do Estado para se “dizimar” esses problemas sociais, o que forma, segundo Sylvio Lourenço da Silveira Filho (2005, p. 253), “um senso comum penal, forjado, mormente, pelos meios de comunicação de massa, através do grande espaço dispensado na divulgação de notícias relacionadas à criminalidade e ao seu respectivo combate”.

Mais do que uma tendência do Direito penal, dos operadores do direito ou ainda de legisladores e autoridades públicas, verifica-se que se trata de uma ideologia que vem conformando o padrão de identidade de nossa sociedade atual (ANDRADE, 2005). Nas palavras de José Antonio Paganeila Boschi (2006, p. 233)

os seguidores da ideologia que recomenda tratamento de choque para redução dos índices de violência e de criminalidade partem da ideia de que a solução desses graves problemas passa exclusivamente pelo maior confinamento das pessoas nas penitenciárias, isto porque a função do ordenamento jurídico criminal não seria outra senão a de instrumentalizar a punição estatal.

A partir deste paradigma, que se intensifica através das campanhas de Lei e Ordem e tolerância zero, cujo *marco zero* é Nova York, qualquer controle de constitucionalidade representa nada mais do que um óbice para a efetividade desta política e seus consectários. Como afirma Loic Wacquant (2003, p. 19-20), no decorrer das últimas três décadas temos “a substituição progressiva de um (semi) Estado-providência por um Estado penal e

policial, no seio do qual a criminalização da marginalidade e a contenção punitiva das categorias deserdadas faz as vezes de política social”.

Controlar a constitucionalidade das leis penais em branco próprias, nesta esteira, seria atentar contra o bem comum, que demanda que sejamos fortes e impiedosos contra a criminalidade que se nos assombra.

2.2 Consequências

A óbvia consequência desse paradigma, além de todas as outras que poderiam ser exploradas, mas que no presente artigo se restringe à questão das leis penais em branco, diz respeito à inexistência, no nosso sistema jurídico, de controle de constitucionalidade da prática da complementação alheia à origem democrático-constitucional.

Dessa forma, são levados a cabo inúmeros julgamentos, e pessoas são condenadas, mormente no campo do direito penal econômico, em virtude de construções normativas absolutamente inconstitucionais, como se viu.

Mas não é só. Em virtude dessa plena e ampla aceitação da complementação das leis penais em branco, a jurisprudência pátria chega às raias do absurdo de dignificar a esses complementos, natureza excepcional ou temporária. Através disso, mesmo quando os complementos são abrogados ou derogados (implementando-se aqui, circunstância mais favorável para o acusado), continuam a surtir efeitos, em uma aplicação, mais do que inconstitucional, absurda, de irretroatividade de *abolitio criminis* ou de situação mais benéfica.

Ou seja, além do complemento criminalizar, ação que, por força da Constituição Federal lhe estaria vedado, ele vai além para a jurisprudência nacional: tem efeitos ultrativos mesmo em situação mais gravosa para o réu, fato, é lógico, incabível para as próprias leis. Em suma: os complementos,

por força da interpretação que se lhes empresta, acaba se consubstanciando, em termos práticos, em instrumento normativo hierarquicamente superior às leis, visto que, goza de poder que a essas não é concedido.

A legitimação, é lógico, reside na preservação da “figura abstrata do delito”, ou da “valoração jurídica do fato”, ou do “núcleo essencial da proibição”, como sustenta, inclusive, Luiz Flávio Gomes. O autor (GOMES, 2004, p. 193-195) assevera que há que existir uma análise da “continuidade ou descontinuidade normativo-típica em concreto para saber se o complemento tem ultratividade ou não”. Não há como esses argumentos prevalecerem perante o caráter imperativo e incondicional da garantia constitucional da garantia benéfica. Incondicional, pois, basta rere o Texto Constitucional: não há qualquer exceção para a retroatividade da lei penal, exceto quando for benéfica ao réu.

Visitemos o entendimento sobre o tema, do Superior Tribunal de Justiça, nosso órgão de harmonização da interpretação da legislação infraconstitucional, que assim já se manifestou sobre o tema:

Criminal. Procedimento licitatório. Fraude. Norma penal em branco. Norma complementar. Caráter temporário. Ausência de modificação substancial do tipo penal. Irretroatividade. Recurso conhecido e provido.

1 Inaplicável, à hipótese, o constante no art. 3º do Código Penal, se a norma integrativa veio simplesmente alterar os limites de dispensa e inexigibilidade de licitação, previstos na Lei n. 8.666D 93, como complemento desta, e sem alterar o tipo penal ali descrito, uma vez que o fato continua sendo punível, exatamente como era ao tempo de sua prática. Precedentes.

2 As modificações operadas pela Lei n. 9.648D 98 à Lei n. 8.666D 93, já no curso do procedimento licitatório em questão, sendo de caráter puramente complementar, isto é, sem qualquer alteração da figura abstrata descrita no tipo penal, não podem retroagir de forma a beneficiar os réus, descriminalizando suas condutas, que continuam típicas, uma vez que tentaram, em tese, realizar contrato público sem prévia licitação.

3 Diante da impossibilidade de aplicação retroativa da norma em questão, deve ser declarado nulo o acórdão *a quo*.

4 Recurso conhecido e provido, nos termos do voto do Relator (REsp. n. 474989D R5, 5ª Turma, rel. Min. GILSON DIPP, DJ de 25D 08D 2003).

Mais recentemente, no RHC 16172/SP, Relatado pela MIN. LAURITA VAZ da QUINTA TURMA, que foi publicado no DJ de 26-9-2005, p. 406, assim se manifestou a Corte Superior:

3. No que diz respeito à tese de atipicidade da conduta pela alegada ocorrência da *abolitio criminis*, tenho-a por desarrazada, na medida em que o comportamento dos réus, segundo a peça acusatória, encontra-se perfeitamente descrito no art. 7º, incisos II e IX, da Lei n. 8.137/90, c.c. o Decreto n. 3.552, de 04 de agosto de 2000 – vigente à época dos fatos – que fixava em 20% (vinte por cento) o percentual de álcool etílico anidro na gasolina.

4. Na espécie, a mera alteração (para maior) do percentual obrigatório de adição de álcool etílico anidro à gasolina não enseja a aplicação do princípio da retroatividade da lei mais benéfica, de forma a tornar atípica a conduta dos Recorrentes (já que supostamente adequada à prescrição legal posterior), mas sim a regra da ultra-atividade, segundo a máxima *tempus regit actum*.

5. Assim, a lei anterior incide sobre os fatos praticados durante a sua vigência, mesmo após derogada, tendo em vista que a variação da norma complementar somente gera a consequência pretendida, qual seja, a *abolitio criminis*, quando importar em real modificação da figura abstrata, objeto da proteção legal, e não nos casos em que ocorre simples alteração relativa ao *quantum* de determinada substância, persistindo inabalada a essência da norma.

Digno de nota, em relação à fonte doutrinária para animar o voto condutor deste julgamento, são a Revista, a data, e o regime governamental então vigente, como se confere no seguinte trecho da íntegra do voto:

Todavia, a regra que estabelecemos não pode ser aplicada como os de tabelamentos de preços, dado o caráter excepcional desses tabelamentos, feitos para atender a situações de escassez de gêneros e dificuldades na produção e abastecimento. Em tais hipóteses, a alteração posterior do tabelamento não pode ser considerada para beneficiar o réu. De outra forma ficaria totalmente anulado o efeito de tais leis. Parece claro, por outro lado, que a alteração do complemento, nesses casos, não representa uma nova valoração jurídica dos fatos (FRAGOSO, Heleno Cláudio. A lei penal no tempo. Artigo publicado na *Revista do Superior Tribunal Militar*, ano 1, n. 1, 1975).

CONCLUSÕES

Traçamos itinerário em que procuramos demonstrar, primeiramente, a atual fundamentação das normas penais em branco, para, num segundo momento, sustentarmos a inconstitucionalidade da complementação com normas de hierarquia inferior, seja por afronta ao art. 5º, inc. XXXIX e/ou ao art. 22, I, ambos da Constituição Federal.

Para tanto, procuramos ao longo de todo o texto rebater os argumentos de ordem jurídica que sustentam a criminalização por complemento normativo infralegal, mormente no que diz respeito ao fato de que a complementação não pertence ao tipo penal, e que, portanto, não necessita ter origem democrático-constitucional. Necessidade que, segundo a tese que se procurou rebater, seria suprida pela própria obediência ao princípio da legalidade que a lei em branco já teria realizado. Dessa forma, procuramos demonstrar que o complemento, integra, sim, o tipo penal, sendo este, inclusive, o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, que já sustentou a não eficácia de lei penal em branco cujo complemento não tenha vigência.

Também foi nosso intento analisar os fundamentos de ordem sociológica e criminológica que sustentam essa opção. É claro que além dos argumentos jurídicos, há um forte componente ideológico para tal postura,

que parte da convicção, tão sincera quanto errônea, de que a criminalidade deve ser combatida com poder e força. Nessa linha, o jurista pode lavar as mãos, e ignorar qualquer relação que exista entre globalização, desemprego, neoliberalismo, falta de políticas públicas e criminalidade, como se as razões do crime fossem única e exclusivamente fruto de uma decisão individual (Roxin, 2006, p. 29)¹¹. Como consequência desse substrato tem-se a mais absoluta impermeabilidade dos textos legais aos mecanismos de controle de constitucionalidade em nosso país.

Talvez a problemática ora exposta não passe de uma gota d'água, frente a toda uma série de mazelas que tenham origem no mesmo núcleo de fenômenos. Mas, quiçá, possam nos trazer elementos para compreender porque todas as promessas de cidadania e dignidade que foram trazidas no bojo do Texto Constitucional, careçam, e muito, de eficácia e efetividade.

11 Roxin explica que essa é a matriz do direito penal moderno “*que partia de uma posição que somente conhecia a pena retributiva; essa pena era majoritariamente justificada filosoficamente e teologicamente, como na Alemanha se via nos influentes idealistas de Kant e Hegel, e também nas doutrinas de Hegel*”. A esta concepção se contrapõe o “direito penal do futuro” que se estabelece enquanto um instrumento de direcionamento social.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina P. Aula proferida no Curso de Pós-Graduação de Direito Penal e Criminologia, no Instituto de Política Criminal e Criminologia, na data de 3 de dezembro de 2005.

BOSCHI, José Antonio Paganella. O devido processo legal: escudo de proteção do acusado e a práxis pretoriana. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, RT, v. 58, p. 232-279, jan. 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Justiça constitucional e justiça penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, RT, v. 58, p. 329-344, jan. 2006.

COSTA, José de Faria. O fenômeno da globalização e o direito penal econômico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, RT, v. 34, abr./jun. 2001.

GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal: parte geral*. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais/IELF, 2004. v. I.

HALL, Kermit L. (Org.). *The Oxford Companion to the Supreme Court of United States*. New York: Oxford, 1992.

MARQUES NETO. Agostinho Ramalho. *A ciência do direito: conceito, objeto, método*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

PAVÓN, Pilar Gómez. Cuestiones actuales del derecho penal económico: el principio de legalidad y las remisiones normativas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, RT, v. 37, jan./mar. 2002.

PRADO, Luiz Régis. *Elementos de direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. I.

ROXIN, Claus. Tem futuro o direito penal?. Tradução de Luís Greco. In: _____; GRECO, Luís; MIRANDA NETTO, Fernando Gama de (Org.). *Estudos de direito penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.) *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. Curitiba: ICPC, Lumen Juris, 2006.

SCHMIDT, Andrei Zenkner; FELDENS, Luciano. *O Crime de evasão de divisas: a tutela penal do sistema financeiro nacional na perspectiva da política cambial brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. Neoliberalismo, mídia e movimento da lei e da ordem: rumo ao estado de polícia. *Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*, São Paulo, RT, n. 2, jan./jun. 2005.

TIEDEMANN, Klaus. La ley penal em blanco: concepto y cuestiones conexas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, RT, v. 37, jan./mar. 2002 (tradução nossa).

WACQUANT, Loic. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, E. Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal Brasileiro: primeiro volume – teoria geral do direito penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ANOTAÇÕES À LEI N. 11.719/2008*

Maurílio Moreira Leite**

A Lei n. 11.719, de 20 de junho de 2008, com vigência a partir de 23 de agosto (60 dias após a data de sua publicação), introduz profundas modificações nos procedimentos previstos no Código de Processo Penal, dando ênfase aos princípios da concentração e oralidade: numa só audiência deverão ser produzidas as provas pretendidas pelas partes, com alegações orais e prolação imediata de sentença. Criou também a possibilidade de absolvição sumária, além de ter ampliado as causas de não recebimento da denúncia ou queixa. Classificou os procedimentos em comum e especial, o primeiro dividido em ordinário, sumário e sumaríssimo, tendo em conta o máximo da pena cominada à infração penal. Trouxe o princípio da identidade física do juiz, bem como a citação com hora certa, nos moldes previstos no Código de Processo Civil. Modificou as regras atinentes ao aditamento, que será sempre necessário se houver mudança de definição jurídica oriunda de prova amealhada na instrução. Introduziu a obrigatoriedade de na sentença ser fixado “valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido”. Tudo na elogiável pretensão de tornar célere a prestação jurisdicional na esfera penal. Do acerto ou não das modificações, o tempo, por certo, dirá.

Sem almejar exaurir o muito que poderá ser dito acerca da reforma, alinhamos, a seguir, algumas considerações para reflexão dos estudiosos da matéria, os quais darão a última palavra.

Art. 63 – Diz respeito à execução, no juízo cível, de sentença penal condenatória com trânsito em julgado, por parte do ofendido ou seu representante legal ou seus herdeiros.

* Artigo redigido em julho de 2008.

** Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça de Santa Catarina

A modificação refere-se ao acréscimo de parágrafo único, o qual prevê que a execução poderá ser efetuada pelo valor fixado na sentença, nos termos do inciso IV do artigo 387, cuja redação, dada pela lei em questão, é a seguinte: “O juiz, ao proferir sentença condenatória: [...] IV – fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido”.

Pela segunda vez o legislador trouxe à legislação processual penal assunto que dizia respeito, à área civil. A primeira foi no Código Brasileiro de Trânsito, artigo 297. A respeito escrevemos, à época:

É consequência da sentença penal condenatória a obrigação de reparar o dano causado pelo crime (Código Penal, art. 91, I). Transitada em julgado a decisão condenatória, a qual constituirá título executivo judicial (Código de Processo Civil, art. 598, II), caberá ao interessado interpor a respectiva ação civil, competindo ao Ministério Público tal incumbência quando ocorrente o estabelecido no artigo 68, do Código de Processo Penal.

Sobre a competência do Ministério Público, leia-se Guilherme de Souza Nucci (2004, p. 117-118), lembrando que em Santa Catarina não existe Defensoria Pública.

A separação da jurisdição penal da civil é absoluta. O Código de Trânsito, no entanto, no seu artigo 297, deu tímido passo à descaracterização da tradicional independência ao criar a chamada *multa reparatória*, a qual, embora nominada como pena, tem evidente e incontroversa destinação civil, pois visa indenizar o prejuízo material oriundo de crime de trânsito. Leia-se: “A penalidade de multa reparatória consiste no pagamento, mediante depósito judicial em favor da vítima, ou seus sucessores, de quantia calculada com base no disposto no §1º do art. 49 do Código Penal, sempre que houver prejuízo material resultante do crime” (JURISPRUDÊNCIA CATARINENSE, 2003/2004, p. 189).

Art. 257 – A antiga redação esclarecia que era da competência do Ministério Público promover e fiscalizar a execução da lei. Agora, em dois incisos é prescrito: “Ao Ministério Público cabe: I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma estabelecida neste Código; e II – fiscalizar a execução da lei”. De notar que com a inclusão da expressão “privativamente” não foi revogado o artigo 29, que trata da ação penal privada subsidiária da pública, assim redigido: “Será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal, cabendo ao Ministério Público aditar a queixa, repudiá-la e oferecer denúncia substitutiva, intervir em todos os termos do processo, fornecer elementos de prova, interpor recurso e, a todo tempo, no caso de negligência do querelante, retomar a ação como parte principal”.

É criticável, no entanto, o fundamento – “se esta não for intentada no prazo legal”. Acerca do tema, apresentamos a seguinte proposição, quando se cogitava da reforma da Parte Geral do Código Penal, em abril de 1981:

Quinta sugestão. Artigo 100, § 3º. Redação do Anteprojeto: A ação de iniciativa privada pode intentar-se nos crimes de ação pública, se o Ministério Público não oferece denúncia no prazo legal. Redação proposta: A ação de iniciativa privada pode intentar-se nos crimes de ação pública, se o Ministério Público não se manifestar no prazo legal. Justificativa: Ao receber, o Ministério Público, um inquérito policial ou qualquer peça de informação, ele não é obrigado, necessariamente, a oferecer denúncia. Cabe-lhe poder discricionário de exame do contido naqueles procedimentos e chegar a conclusão acerca da existência, ou não, de um fato delituoso. Ou mesmo, ante a necessidade de maiores esclarecimentos, entender indispensável alguma diligência. Ora, o sentido do dispositivo do Anteprojeto, idêntico ao que está em vigor, é dar ao ofendido ou seu representante legal um certo poder de fiscalização dos atos do Ministério Público no concernente a uma possível desídia. Somente em casos de inércia do Ministério Público é justificável a ação penal privada subsidiária da pública.

Segundo Damásio E. de Jesus, “A ação penal privada subsidiária da pública só cabe quando o órgão do Ministério Público ultrapassa inerte o prazo para o oferecimento da denúncia. Não tem cabência nos casos de arquivamento do inquérito policial ou das peças de informação e quando o Promotor Público requer, tratando-se de indiciado solto, a devolução dos autos à autoridade policial no sentido de realização de diligência imprescindível para o oferecimento da denúncia.” (Direito Penal, 1º vol. Ed. Saraiva, 1979, p. 576). A redação proposta visa não só conciliar o que existe na doutrina e na jurisprudência a respeito, como evitar futuras polêmicas interpretativas¹.

Sem esquecer que, agora, a matéria também é tratada no artigo 5º, inciso LIX, da Constituição Federal de 1988.

Art. 265 – Determina que o defensor só poderá abandonar o processo por motivo imperioso e com comunicação prévia, sob pena de aplicação de multa (10 a 100 salários-mínimos). Este artigo passou a ter dois parágrafos. Um permite a transferência da audiência caso o defensor, por motivo justificado, não puder comparecer. Antes não era possível a transferência e a falta era suprida com nomeação *ad hoc* para o ato. Essa nomeação ainda persiste se o defensor não provar impedimento até a abertura da audiência. E o § 2º prevê que “incumbe ao defensor provar o impedimento até a abertura da audiência. Não o fazendo, o juiz não determinará o adiamento de ato algum do processo, devendo nomear defensor substituto, ainda que provisoriamente ou só para o efeito do ato”.

Art. 362 – A citação por edital pelo prazo de 5 dias do réu que se oculta para não ser citado foi substituída pela citação com hora certa, nos termos dos artigos 227 a 229 do Código de Processo Civil.

Art. 363 – A antiga redação dizia respeito a outras hipóteses de citação por edital. A atual refere-se à formalização do processo. Leia-se: “O processo terá completada a sua formação quando realizada a citação do

1

acusado.” Os incisos I e II foram revogados, acrescentado o § 1º, que diz: “Não sendo encontrado o acusado, será procedida a citação por edital”. Os parágrafos 2º e 3º foram vetados, bem como a nova redação do artigo 366.

Para melhor compreensão, leia-se a matéria vetada e os motivos apresentados:

§§ 2º e 3º do art. 363 e *caput* do art. 366 do Decreto-Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941 — Código de Processo Penal, alterados pelo art. 1º do Projeto de Lei:

“Art. 363.
.....

§ 2º Não comparecendo o acusado citado por edital, nem constituindo defensor:

I — ficará suspenso o curso do prazo prescricional pelo correspondente ao da prescrição em abstrato do crime objeto da ação (art. 109 do Código Penal); após, recomençará a fluir aquele;

II — o juiz, a requerimento do Ministério Público ou do querelante ou de ofício, determinará a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;

III — o juiz poderá decretar a prisão preventiva do acusado, nos termos do disposto nos arts. 312 e 313 deste Código.

§ 3º As provas referidas no inciso II do § 2º deste artigo serão produzidas com a prévia intimação do Ministério Público, do querelante e do defensor público ou dativo, na falta do primeiro, designado para o ato.

.....” (NR)

“Art. 366. A citação ainda será feita por edital quando inacessível, por motivo de força maior, o lugar em que estiver o réu.

.....”

Razões dos vetos

“A despeito de todo o caráter benéfico das inovações promovidas pelo Projeto de Lei, se revela imperiosa a indicação do veto do § 2º do art. 363, eis que em seu inciso I há a previsão de suspensão do prazo prescricional quando o acusado citado não comparecer, nem constituir defensor. Entretanto, não há, concomitantemente, a previsão de suspensão do curso do processo, que existe na atual redação do art. 366 do Código de Processo Penal. Permitir a situação na qual ocorra a suspensão do prazo prescricional, mas não a suspensão do andamento do processo, levaria à tramitação do processo à revelia do acusado, contrariando os ensinamentos da melhor doutrina e jurisprudência processual penal brasileira e atacando frontalmente os princípios constitucionais da proporcionalidade, da ampla defesa e do contraditório.

Em virtude da redação do § 3º do referido dispositivo remeter ao texto do § 2º há também que se indicar o veto daquele.

Cumprir observar, outrossim, que se impõe ainda, por interesse público, o veto à redação pretendida para o art. 366, a fim de se assegurar vigência ao comando legal atual, qual seja, a suspensão do processo e do prazo prescricional na hipótese do réu citado por edital que não comparecer e tampouco indicar defensor. Ademais, a nova redação do art. 366 não inovaria substancialmente no ordenamento jurídico pátrio, pois a proposta de citação por edital, quando inacessível, por motivo de força maior, o lugar em que estiver o réu, reproduz o procedimento já previsto no Código de Processo Civil e já extensamente aplicado, por analogia, no Processo Penal pelas cortes nacionais” (Mensagem n. 421, de 20 de junho de 2008).

Em decorrência, conclui-se que, citado o réu por edital, o processo somente prosseguirá com seu comparecimento, consoante determinado no § 4º: “Comparecendo o acusado citado por edital, em qualquer tempo, o processo observará o disposto nos arts. 394 e seguintes deste Código”. Tais dispositivos dizem respeito ao procedimento. Entretanto, não só o comparecimento do réu determinará o fluir do processo, mas a constituição de defensor, consoante previsto no artigo 396, parágrafo único: “No caso de citação por edital, o prazo para a defesa começará a fluir a partir do comparecimento pessoal do acusado ou do defensor constituído”. Até

então, o processo e o prazo prescricional estarão suspensos, consoante preconizado no artigo 366 do Código de Processo Penal, redação mantida, haja vista o veto à matéria substitutiva.

Art. 383 – A nova redação é praticamente idêntica à anterior. Diz respeito à faculdade do juiz de dar nova definição jurídica ao fato descrito na denúncia ou queixa. Acrescentou-se o § 1º, que autoriza a suspensão condicional do processo, se viável, diante da nova classificação. No § 2º é determinada a remessa dos autos ao juiz competente para julgar a infração.

Art. 384 – Na redação primitiva, se o juiz reconhecesse a possibilidade de nova definição jurídica em decorrência de circunstância elementar, não contida explícita ou implicitamente na denúncia ou na queixa, sem agravamento da situação anterior, ouviria a defesa no prazo de oito dias, a qual poderia arrolar até 3 testemunhas. Todavia, se da nova definição implicasse a aplicação de pena mais grave, indispensável seria o aditamento, consoante previsão do parágrafo único, ouvindo-se a defesa, que poderia arrolar até 3 testemunhas. Na nova disposição, o aditamento será sempre necessário. Leia-se:

Encerrada a instrução probatória, se entender cabível nova definição jurídica do fato, em conseqüência de prova existente nos autos de elemento ou circunstância da infração penal não contida na acusação, o Ministério Público deverá aditar a denúncia ou queixa, no prazo de 5 (cinco) dias, se em virtude desta houver sido instaurado o processo em crime de ação pública, reduzindo-se a termo o aditamento, quando feito oralmente.

Foram acrescentados parágrafos. O § 1º recomenda a aplicação do artigo 28 do Código de Processo Penal (remessa dos autos ao Procurador-Geral de Justiça no caso de recusa ao aditamento). O § 2º determina que, ouvida a defesa e admitido o aditamento, dar-se-á continuidade à audiência, com inquirição de testemunhas, interrogatório, debates e julgamento. Não

recebido o aditamento, o processo prosseguirá (§ 5º). Da decisão caberá recurso em sentido estrito (MIRABETE, 1998, p. 618).

Art. 386 – Este artigo diz respeito às causas de absolvição. Não foi modificado pela lei em exame, mas pela n. 11.690, de 9 de junho de 2008, a qual lhe acrescentou um inciso, que passou a ser o IV – “estar provado que o réu não concorreu para a infração penal”, e reenumerou os demais. O inciso V, que se referia à existência de excludente ou causa de isenção de pena, que passou a ser o VI, teve o acréscimo significativo: a absolvição será pertinente se existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena “ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência”. Houve ainda o ajuste dos artigos que se referiam às causas excludentes e de isenção de pena, que passaram a ser: 20, 21, 22, 23, 26 e § 1º do art. 28 do Código Penal.

Art. 387 – Refere-se às formalidades da sentença condenatória – “O juiz, ao proferir sentença condenatória”. Foi mantido o inciso I – “mencionará as circunstâncias agravantes ou atenuantes definidas no Código Penal, e cuja existência reconhecer”. Também permanece o inciso II, salvo a referência aos artigos do Código Penal: “II – mencionará as outras circunstâncias apuradas e tudo o mais que deva ser levado em conta na aplicação da pena, de acordo com o disposto nos arts. 59 e 60 do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal”. Tais dispositivos dizem respeito à aplicação da pena, inclusive a de multa.

Retirou-se do inciso III a expressão “se for o caso, a duração das acessórias”. Estas eram previstas no artigo 67 do Código Penal, em sua antiga redação: a perda da função pública, eletiva ou de nomeação, a interdição de direitos e a publicação da sentença. Hoje, as hipóteses estão previstas no artigo 92, como efeitos da condenação, excluída a publicação da sentença, que subsiste no art. 78, inc. 2, da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990,

a qual dispõe sobre a proteção do consumidor. Em suma, o inciso III ficou assim redigido: “aplicará as penas de acordo com essas conclusões”.

O inciso IV previa providências que deixaram de existir com a reforma de 1984. Ou como nos diz Guilherme de Souza Nucci (2004, p. 628): “Medida de segurança ao réu perigoso: não mais existe o sistema do duplo binário (aplicação concomitante de pena mais medida de segurança, ao réu considerado perigoso, autor de crime violento), prevalecendo, atualmente, o sistema vicariante (aplicação de pena — ao imputável — ou medida de segurança — ao imputável)”. O referido inciso (IV) teve nova redação: “O juiz, ao proferir sentença condenatória: [...] IV – fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido”.

Ao artigo 387 foi acrescentado parágrafo único, com a redação seguinte: “O juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento da apelação que vier a ser interposta”. Revogado, portanto, o artigo 594, pelo qual o réu somente poderia apelar se recolhido à prisão, salvo se primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória.

Art. 394 – Determina que o procedimento será comum ou especial. O comum desdobra-se em ordinário, sumário e sumaríssimo. O primeiro é aplicável aos crimes cuja sanção máxima for igual ou superior a 4 anos; o segundo, às infrações penais cuja pena restritiva de liberdade for inferior a 4 anos; sumaríssimo, às infrações de menor potencial ofensivo.

O § 2º impõe aplicação do procedimento comum a todos os processos, salvo disposição contrária. O § 3º esclarece que aos crimes de competência do Tribunal do Júri aplicar-se-ão as disposições dos artigos 406 a 497. Esses artigos estão disciplinados na Lei n. 11.689, de 9 de junho de 2008, que “Altera dispositivos do Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro

de 1941 – Código de Processo Penal, relativos ao Tribunal do Júri, e dá outras providências”.

O § 4º manda que se apliquem a todos os procedimentos de primeiro grau, “ainda que não regulados neste Código”, os artigos 395 a 398, que dizem respeito às hipóteses de não recebimento da denúncia ou queixa e absolvição sumária.

O § 5º autoriza aplicação subsidiária das “disposições do procedimento ordinário” aos procedimentos especiais, sumário e sumaríssimo.

Art. 395 – “A denúncia ou queixa será rejeitada quando” (antes art. 43):

“I – for manifestamente inepta” (novidade);

“II – faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal” (antes previsto no inciso III do art. 43);

“III – faltar justa causa para o exercício da ação penal” (novidade).

Anteriormente, a matéria estava regulada no artigo 43 (revogado) e enumerava como causa de rejeição da denúncia ou queixa três situações, quais sejam: “o fato narrado evidentemente não constituir crime” (que passou a ser causa de absolvição); “já estiver extinta a punibilidade, pela prescrição ou outra causa” (que também passou a ser motivo de absolvição); “for manifesta a ilegitimidade da parte ou faltar condição exigida pela lei para o exercício da ação penal” (mantida no item II, embora com outra redação). Quanto à inépcia da denúncia ou queixa, embora não prevista no texto em vigor antes da reforma, era amplamente utilizada, dês que aquelas peças não se ajustassem à exigência do artigo 41, *in verbis*: “A denúncia ou queixa conterà a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimento pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas”.

Também, embora não previsto expressamente, a falta de justa causa era fundamento para o não recebimento da denúncia ou queixa, consoante amplamente difundido na doutrina e jurisprudência. A respeito, leia-se Fernando da Costa Tourinho Filho (1999, p. 121).

Art. 396 – Recebida a denúncia ou queixa, o acusado será citado para responder no prazo de 10 dias. Tratando-se de citação por edital, o prazo somente terá fluência a partir do comparecimento pessoal do acusado ou de defensor constituído, consoante preconizado no parágrafo único.

Art. 396-A – Na resposta o acusado deverá alegar preliminares e tudo o que interesse à sua defesa, oferecer documentos e justificações, com especificação das provas que pretende e das testemunhas, qualificando-as e requerendo-lhes a intimação, “quando necessário”. O § 1º impõe que “a exceção será processada em apartado, nos termos dos arts. 95 a 112 deste Código”.

De acordo com o § 2º, “não apresentada a resposta no prazo legal, ou se o acusado, citado, não constituir defensor, o juiz nomeará defensor para oferecê-la, concedendo-lhe vista dos autos por 10 (dez) dias”. Para entendimento dessa disposição, tenha-se em conta o que foi dito com relação ao artigo 363, quando se concluiu que o processo ficará paralisado e suspenso o prazo prescricional quando o acusado, citado por edital, não comparecer pessoalmente, nem seu defensor constituído. Aliás, consoante já referido, o prazo para apresentação da resposta do acusado citado por edital somente terá fluência com seu comparecimento ou do defensor constituído (art. 396, parágrafo único).

Art. 397 – Este artigo, em nova redação, trouxe radical alteração no procedimento ao permitir a absolvição sumária. Confira-se:

Após o cumprimento do disposto no art. 396-A, e parágrafos, deste Código, o juiz deverá absolver sumariamente o acusado quando verificar:

- I – a existência manifesta de causa excludente da ilicitude do fato;
- II – a existência manifesta de causa excludente da culpabilidade do agente, salvo inimizabilidade;
- III – que o fato narrado evidentemente não constitui crime; ou
- IV – extinta a punibilidade do agente.

Contudo, não nos parece razoável cogitar de absolvição nessa fase, pelo menos nas hipóteses referentes ao mérito da imputação (incisos I e II), já que não cumprido o princípio do contraditório, previsto inclusive na Constituição Federal, artigo 5º, inciso LV, em relação às provas existentes. Poder-se-ia cogitar, não há negar, que o dispositivo constitucional dissesse respeito apenas à defesa, haja vista sua redação: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. No entanto, o contraditório é princípio consagrado no Direito Processual Penal, na lição de Julio Fabbrini Mirabete (1998, p. 43):

Do princípio do contraditório decorre a igualdade processual, ou seja, a igualdade de direitos entre as partes acusadora e acusada, que se encontram no mesmo plano, e a liberdade processual que tem o acusado de nomear o advogado que bem entender, de apresentar provas que convenham etc.

Não basta à caracterização do princípio do contraditório a presença das partes à produção da prova, mas é indispensável a do juiz, como estabelecido no artigo 155 do Código de Processo Penal, redação que lhe deu a Lei n. 11.690, de 9 de junho de 2008: “O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”. Logo, é inviável a absolvição sumária prevista nos incisos I e II do artigo 397.

O inciso III – “o fato narrado evidentemente não constitui crime” – deveria ter ficado onde se encontrava anteriormente (causa de não recebimento da denúncia), porquanto, por razões óbvias, a absolvição pressupõe a existência de uma pretensão punitiva válida. Ora, se o fato narrado não constitui crime, a denúncia não deveria ter sido recebida, por ser inepta.

Com relação ao inciso IV – “extinta a punibilidade do agente” –, o artigo 107 do Código Penal enumera as hipóteses em que se extingue a punibilidade, comprováveis, a maioria, por meio de documento. Mas, cuidando-se de perda da pretensão punitiva do Estado, melhor ficaria com o seu reconhecimento, como até então, com a consequente extinção do processo, já que o mérito da acusação não será abordado, pois a matéria não lhe diz respeito diretamente.

A absolvição por estar extinta a punibilidade, como quer o novo disciplinamento, importará na revogação do artigo 108 do Código Penal, assim redigido: “A extinção da punibilidade de crime que é pressuposto, elemento constitutivo ou circunstância agravante de outro não se estende a este. Nos crimes conexos, a extinção da punibilidade de um deles não impede, quanto aos outros, a agravação da pena resultante da conexão”.

Art. 398 – Revogado (dizia respeito ao número de testemunhas).

Art. 399 – Vencida a fase inicial (sem absolvição sumária), o juiz designará dia e hora para audiência, ordenando a intimação do acusado e de seu defensor, do Ministério Público e, se for o caso, do querelante e do assistente.

“§ 1º O acusado preso será requisitado para comparecer ao interrogatório, devendo o poder público providenciar sua apresentação.”

“§ 2º O juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença.”

Este último parágrafo trouxe ao Processo Penal o princípio da identidade física do juiz, até então inexistente.

Na nossa legislação processual penal, ainda se mantêm as regras do procedimento escrito, com pálidos episódios decorrentes da oralidade e concentração. Uma importante exceção foi introduzida com o estabelecimento do rito sumaríssimo para o processo e julgamento das infrações penais de menor potencial ofensivo, de competência dos Juizados Especiais Criminais (art. 81 da Lei n. 9.099/95). O Código de Processo Penal também não consagra o princípio da identidade física do juiz, nem mesmo nos processos sumários, em que há certa concentração e imediatidade. Quando o art. 538, § 2º, alude ao juiz que “logo em seguida proferirá a sentença”, quer se referir ao juiz como órgão do poder jurisdicional, pouco importando qual seja a pessoa física do magistrado no momento (MIRABETE, 1998, p. 44).

Art. 400 – Disciplina a audiência de instrução e julgamento, colocando o interrogatório por último. As testemunhas arroladas pela acusação serão ouvidas em primeiro lugar, aliás como era prescrito na antiga redação do artigo 396. Contudo, não existe testemunha de acusação ou de defesa, e sim testemunha arrolada pela acusação ou pela defesa, as quais vêm ao processo para dizer o que sabem acerca da imputação, sem nenhuma vinculação aos interesses das partes. Por isso, de importância reduzida o cumprimento da determinação legal, no sentido de que testemunha arrolada pela acusação será ouvida em primeiro lugar. E quando se tratar de testemunha ouvida por precatória?

Ademais, mesmo não cumprida aquela determinação, a nulidade, se pretendida, somente poderá ser acolhida se comprovado prejuízo à defesa.

Está na hora de acolher com maior amplitude o disposto no artigo 563 do Código de Processo Penal: “Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa”. Aliás, orientação expressamente acolhida na Lei n. 9.099/1995, art. 65, § 1º: “Não se pronunciará qualquer nulidade sem que tenha havido prejuízo”.

Esclarecimento prestado por perito será admitido, dès que requerido previamente, consoante determina o § 2º.

Art. 401 – Fixa o número de testemunhas (oito para a acusação e oito para a defesa), excluídas as que não prestaram compromisso e as referidas (§ 1º). No § 2º é permitida a desistência da ouvida de testemunha arrolada, com a ressalva do disposto no artigo 209, que faculta ao juiz a iniciativa da produção de prova oral.

Art. 402 – Após a produção da prova em audiência, há possibilidade de as partes requererem diligência “cuja necessidade se origine de circunstâncias ou fatos apurados na instrução”.

Art. 403 – Inexistindo requerimento de diligências, ou sendo indeferido, serão apresentadas alegações orais, por 20 (vinte) minutos, prorrogáveis por mais 10 (dez), “proferindo o juiz, a seguir, sentença”.

§ 1º Na hipótese de existir mais de um réu, o prazo para alegações orais será “individual”.

Não há referência ao Ministério Público, situação que fere o princípio da igualdade das partes. Também lhe deveria ter sido assegurado prazo individual no caso de pluralidade de réus.

§ 2º — Atribui ao assistente o direito de usar a palavra por dez minutos, e igual prorrogação à defesa.

§ 3º — Diante da complexidade do caso ou do número de acusados, o juiz poderá autorizar que as alegações sejam apresentadas por escrito no prazo de 5 (cinco) dias, devendo proferir a sentença em 10 (dez) dias.

Art. 404 – Este artigo diz respeito à possibilidade de realização de diligências. Deferidas, fica suspensa a apresentação das alegações orais. As alegações finais serão oferecidas por memorial, no prazo de 5 (cinco) dias, com sentença prolatada em 10 (dez) dias.

Art. 405 – “Do ocorrido em audiência será lavrado termo em livro próprio, assinado pelo juiz e pelas partes, contendo breve resumo dos fatos relevantes nela ocorridos”.

“§ 1º Sempre que possível, o registro dos depoimentos do investigado, indiciado, ofendido e testemunhas será feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual, destinada a obter maior fidelidade das informações.”

“§ 2º No caso de registro por meio audiovisual, será encaminhado às partes cópia do registro original, sem necessidade de transcrição.”

Até aqui, pratica-se o estabelecido no art. 394, § 4º — “As disposições dos arts. 395 a 398 deste Código aplicam-se a todos os procedimentos penais de primeiro grau, ainda que não regulados neste Código”.

Art. 531 – “Na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de 30 (trinta) dias, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, se possível, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, ressalvado o disposto no art. 222 deste Código, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado e procedendo-se, finalmente, ao debate”.

Art. 532 – “Na instrução, poderão ser inquiridas até 5 (cinco) testemunhas arroladas pela acusação e 5 (cinco) pela defesa”.

Art. 533 – “Aplica-se ao procedimento sumário o disposto nos parágrafos do art. 400 deste Código”, quais sejam:

“§ 1º As provas serão produzidas numa só audiência, podendo o juiz indeferir as consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias.

“§ 2º Os esclarecimentos dos peritos dependerão de prévio requerimento das partes”.

Art. 534 – “As alegações finais serão orais, concedendo-se a palavra, respectivamente, à acusação e à defesa, pelo prazo de 20 (vinte) minutos, prorrogáveis por mais 10 (dez), proferindo o juiz, a seguir, sentença”.

“§ 1º Havendo mais de um acusado, o tempo previsto para a defesa de cada um será individual.”

Novamente não há referência ao Ministério Público; não lhe é assegurado o direito de usar a palavra por mais tempo quando houver mais de um réu.

Também não há menção expressa de as alegações finais e a sentença serem deduzidas posteriormente por escrito. Todavia, levando em conta o contido no artigo 394, § 5º — “aplicam-se subsidiariamente aos procedimentos especial, sumário e sumaríssimo as disposições do procedimento ordinário” –, é viável lançar mão do estabelecido no art. 403, § 3º, *in verbis*: “O juiz poderá, considerada a complexidade do caso ou o número de acusados, conceder às partes o prazo de 5 (cinco) dias sucessivamente para a apresentação de memoriais. Nesse caso, terá o prazo de 10 (dez) dias para proferir a sentença”. Ou mesmo do contido no artigo 402: “Produzidas as provas, ao final da audiência, o Ministério Público, o querelante e o assistente e, a seguir, o acusado poderão requerer diligências cuja necessidade se origine de circunstâncias ou fatos apurados na instrução”.

Art. 535 – “Nenhum ato será adiado, salvo quando imprescindível a prova faltante, determinando o juiz a condução coercitiva de quem deva comparecer”.

A solução preconizada dificilmente surtirá efeito, porquanto, faltando uma testemunha arrolada pela acusação, sua condução coercitiva para a mesma audiência será, praticamente, impossível. Sem dúvida, outra deverá ser designada, com determinação de condução coercitiva da testemunha que faltou.

Art. 536 – Este artigo aponta solução ao impasse decorrente da obrigatoriedade de as testemunhas ditas de acusação serem inquiridas em primeiro lugar. Atente-se: “A testemunha que comparecer será inquirida, independentemente da suspensão da audiência, observada em qualquer caso a ordem estabelecida no art. 531 deste Código”. Ora, ao se referir ao comparecimento de testemunha, sem mencionar quem a arrolou, é possível concluir, já que vedada a suspensão da audiência, que a ordem estabelecida deve ser obedecida com relação às que se encontram presentes.

Art. 537 – Revogado (dizia respeito à defesa prévia no antigo procedimento sumário).

Art. 538 – “Nas infrações penais de menor potencial ofensivo, quando o juizado especial criminal encaminhar ao juízo comum as peças existentes para a adoção de outro procedimento, observar-se-á o procedimento sumário previsto neste Capítulo”.

Na Lei n. 9.099/1995, não há previsão de o réu ser citado por edital. Nesse caso, os autos deverão ser remetidos ao juizado, nos termos do artigo 66 e seu parágrafo único: “A citação será pessoal e far-se-á no próprio Juizado, sempre que possível, ou por mandado. Parágrafo único: Não encontrado o acusado para ser citado, o Juiz encaminhará as peças existentes ao Juízo comum para adoção do procedimento previsto em lei”.

REFERÊNCIAS

JURISPRUDÊNCIA CATARINENSE. Florianópolis: TJSC, 1973-. v. 104/105, 2003/2004.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de processo penal comentado*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

Ofício datado de 28 de abril de 1981, encaminhando sugestões ao Ministério da Justiça.

HISTÓRIA JURÍDICA

COMARCA DE LAGES: 150 ANOS

Carlos Alberto Silveira Lenzi*

ANTECEDENTES

A instalação das “Justiças” na então Vila de Lages data dos tempos das Ordenações do Reino de Portugal e da consequente criação da Ouvidoria de Santa Catarina, em 20 de junho de 1749, sendo o seu primeiro titular o bacharel Manoel José de Faria, que detinha a jurisdição em todo o território compreendido entre a Barra do Araquari e a Lagoa Mirim, sobre terras que integravam os territórios de Santa Catarina e do Rio Grande, com exceção de São Francisco, que continuava sob a jurisdição e a tutela da Ouvidoria de Paranaguá.

O sucessor do primeiro Ouvidor foi o Dr. Duarte de Sampaio, que tomou posse no cargo em março de 1762. Cavaleiro Professo da Ordem de Cristo, permaneceu no Desterro por mais de doze anos à frente da Ouvidoria. Partiu dele a iniciativa, em 1770, da construção da Casa da Câmara, na Praça da Igreja, o mesmo prédio onde mais tarde funcionaram a Prefeitura e a Câmara Municipal de Florianópolis, na atual Praça XV de Novembro.

Em 1777, com a ocupação da Ilha de Santa Catarina pelos espanhóis, a Ouvidoria deslocou-se para Porto Alegre, assumindo como Ouvidor das Ordenações o Juiz Ordinário mais idoso, José Martins Baião. Após a retirada das tropas de ocupação espanhola, sucederam-se outros ouvidores em Santa Catarina: Dr. Manoel Pires Querido Leal (agosto de 1780) e Dr. Luiz Carlos Muniz Barreto (agosto de 1787), o primeiro catarinense

* Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça de Santa Catarina e Coordenador do Núcleo de Conciliação do TJSC.

nascido no Desterro a bacharelar-se em leis pela Universidade de Coimbra. De 1791 a 1795 esteve novamente vaga a Ouvidoria de Santa Catarina, preenchida pelo Dr. Luiz Correa Teixeira de Bragança (janeiro de 1804), depois por José Carlos Pinto de Souza (abril de 1807) e pelo Dr. Antonio Monteiro da Rocha (de 1808 a 1810).

Desavenças políticas entre os dois Estados sulinos provocaram a extinção da Ouvidoria de Santa Catarina, pelo Alvará Régio de 16 de dezembro de 1812, passando a Comarca a denominar-se São Pedro do Rio Grande e de Santa Catarina, com sede na Vila de Porto Alegre.

A nova comarca tinha jurisdição sobre todo o continente do Rio Grande, Laguna e Desterro, criando-se nesta última vila a função de um Juiz de Fora. Lages foi incluída nessa comarca por Decreto de 1820. Entretanto, pelo Alvará de 12 de fevereiro de 1821, a comarca de Santa Catarina ganhou a sua autonomia.

Como está na história, Lages foi criada pela Carta Régia de 26 de janeiro de 1765, e oficialmente instalada em 22 de maio de 1771. Até 1820, Lages pertenceu à Capitania de São Paulo. Foi desanexada pelo Alvará de 9 de setembro daquele ano, e integrada ao território catarinense. Pelo Decreto n. 500, de 25 de maio de 1860, a Vila de Lages foi elevada à categoria de cidade.

Segundo o falecido membro emérito do Instituto Histórico e Geográfico de Santa Catarina e da Academia Catarinense de Letras, o preclaro lageano, Embaixador Licurgo Costa (1982, p. 621):

No mesmo dia da fundação oficial da Vila de Lages – 22 de maio de 1771 – após o levantamento do Pelourinho e escolha do lugar para a edificação da Casa da Câmara e da Cadeia, foram eleitos, de acordo com o prescrito pelas Ordenações do Reino, os representantes “das Justiças”, recaindo a preferência dos eleitores nos seguintes nomes:

Juízes Ordinários:

Antônio de Souza Pereira

Antônio Rodriguez de Oliveira
Vereadores:
Tenente Antônio Barboza Franco
Tenente Bento Soares da Motta
Alferes José Rapozo Pires
Procurador:
Furriel Lourenço Roiz da Rocha
Escrivão:
Marcelino Pereira do Lago
Alcaide e Carcereiro:
Domingos Roiz Vidigal.

Todos tomaram posse em 9 de agosto de 1771, por ato do Morgado¹ de Mateus, governante da Capitania de São Paulo.

Em termos de subordinação judicial, a Vila de Lages pertenceu à jurisdição e administração da Ouvidoria de Paranaguá até 1820, passando depois à jurisdição da Ouvidoria de São Pedro do Rio Grande, com sede em Porto Alegre, como já mencionado. Pelo Alvará de 12 de fevereiro de 1821, Santa Catarina foi desmembrada judicialmente do Rio Grande, passando a constituir a sua própria ouvidoria ou comarca, com jurisdição sobre as Vilas de Desterro, Laguna, São Francisco e Lages, no planalto.

Com a Proclamação da Independência, foi jurada, em 25 de março de 1824, a Constituição Política do Império do Brasil, a qual tratava do Poder Judicial no título sexto, capítulo único, artigos 151 a 164. Na capital do Império do Brasil, além da Relação, como nas demais Províncias, determinava a instalação de um Tribunal, denominado *Supremo Tribunal de Justiça*, composto de Juizes Letrados, tirados das Relações, por suas antiguidades (art. 163). É interessante anotar que no art. 161 ficou firmado que: “Sem se fazer constar, que se tem intentado o meio da reconciliação, não se começará Processo algum”. Para essa composição pré-judicial, funcionando como conciliadores, eram eleitos Juizes de Paz, que conduziam

1 Morgado: instituição jurídica ibérica, que também funcionou no Brasil.

as audiências, nas quais também funcionavam Juízes Ordinários e de Órfãos, também eleitos pelas Câmaras de Vereadores, como prescreviam as Ordenações do Reino.

O Código de Processo Criminal, que vigorou a partir de 1832, modificou substancialmente a organização judiciária brasileira, extinguindo as funções dos Ouvidores das comarcas, Juízes de Fora, Juízes Ordinários e outras categorias. Criou a Polícia Civil, no sistema da administração judiciária, sendo então nomeados Delegados e Subdelegados de Polícia para as cidades, vilas e freguesias.

A nova lei dividiu o território nacional em Comarcas, Termos e Distritos, para o exercício dos Juízes de Paz, Juízes Municipais, Promotores Públicos, um Conselho de Jurados, Juízes de Direito e Chefe de Polícia (que poderia ser um Juiz de Direito). De acordo com a Lei de 15 de outubro de 1827, os Juízes de Paz eram eleitos nos distritos onde serviam; os Juízes Municipais e os Promotores eram nomeados pelos presidentes das Províncias, por proposta das Câmaras Distritais (ou Municipais).

Ainda segundo Licurgo Costa (1982, p. 625), em 1º de março de 1833, a Província de Santa Catarina foi dividida em duas Comarcas: a do Norte e a do Sul. A do Norte era integrada por Lages e pelas Vilas de São Francisco, Porto Belo e São Miguel.

CRIAÇÃO DA COMARCA DE LAGES

A Lei Provincial n. 277, de 26 de março de 1849, que alterou a Organização Judiciária, criou a 1ª e a 2ª Comarcas, esta formada por Lages, Laguna e São José. A Lei n. 444, de 24 de maio de 1858, votada na Assembleia Provincial, criou especificamente a Comarca de Lages, instalada em 10 de agosto de 1859 pelo Dr. Joaquim José Henriques, seu primeiro titular; o Decreto n. 2.426, de 8 de junho daquele ano, classificou Lages como comarca de primeira entrância. Sete anos depois, a Lei n. 561, de

29 de abril de 1865, extinguiu a comarca lageana, que passou a pertencer ao Termo da Comarca de Laguna. Transcorrido menos de um ano, em 15 de março de 1866, a Lei n. 564 restabeleceu a Comarca de Lages. Pela Lei Provincial n. 500, de 25 de maio de 1860, Lages foi elevada à categoria de cidade.

TRIBUNAL DA RELAÇÃO

Os Tribunais da Relação, criados a partir da Constituição de 1824, foram instalados em algumas províncias. O Decreto n. 5.456, de novembro de 1873, dispunha sobre providências e medidas transitórias para a instalação das novas Relações. Determinava, também, a criação da Relação de Porto Alegre, com jurisdição sobre as Províncias do Rio Grande do Sul e de Santa Catarina, atingida, assim, a velha aspiração do povo gaúcho (FERNANDES NETO, 2000, p. 141).

Posteriormente, pelo Decreto n. 12, de 17 de fevereiro de 1892, o Tribunal da Relação de Porto Alegre foi extinto, ato assinado pelo general Alves Barreto Leite, governador provisório da Província, que disse, na justificativa:

o Tribunal da Relação desta cidade se tem tornado um embaraço à regular administração do Estado, em relação à manutenção da ordem pública, não somente por achar-se um dos membros envolvidos no último plano sedicioso, como também porque tem procurado, apaixonada e interessadamente, liberar os indiciados na dita sedição [referia-se à Revolução Farroupilha], presos pelo Chefe de Polícia (FERNANDES NETO, 2000, p. 142-143).

Em decorrência da extinção da Relação de Porto Alegre, as demandas que dependessem de julgamento e os recursos, “naquele turbulento período da história da pátria” (FERNANDES NETO, 2000, p. 143), deveriam ser interpostos, por força do Decreto federal n. 724, de 2 de fevereiro de 1892, no Tribunal da Relação de Santa Catarina, que fora instalado em 1º de outubro de 1891.

É oportuno recordar que, em 9 de março de 1838, a Vila de Lages foi invadida por forças farroupilhas. Uma segunda invasão aconteceu mais tarde, no mesmo ano. A República Farroupilha foi proclamada em 11 de março de 1839. Em 15 de novembro, os lageanos reagiram, pegando em armas contra os invasores e seu governo ilegalmente estabelecido. Após sucessivos combates, as forças farroupilhas foram derrotadas às margens do rio Marombas, em Curitibaanos. Mesmo assim, os rebeldes somente abandonaram Lages em 1841.

A NOVA ESTRUTURA JUDICIAL

Proclamada a República em 1889, instalado o novo regime político, o Poder Judiciário foi reestruturado, criando-se o Supremo Tribunal Federal como órgão de cúpula, Juízes e Tribunais Federais e Tribunais Estaduais (arts. 55,60 e 61 da nova Constituição), com competências distintas.

Cada Estado ganhou a sua Constituição. A de Santa Catarina, concebida pelo Decreto n. 43, de 23 de janeiro de 1891, promulgada solenemente no dia 11 de junho daquele ano, nos arts. 47 a 66 tratou também da descentralização da Justiça catarinense, firmando:

O Poder Judiciário do Estado é exercido por um Superior Tribunal de Justiça, com sede na capital, pelos Juízes de Direito e seus suplentes, com jurisdição nas respectivas comarcas; por Tribunais do Júri, por Tribunais Correicionais, e por Juízes de Paz, nos respectivos distritos.

Pelo Decreto n. 104, de 19 de agosto daquele ano, o então governador Gustavo Richard estruturou a Organização Judiciária do Estado, titulando e nomeando os cinco primeiros desembargadores para compor o STJ, disciplinando as eleições bienais na Corte, regulando o ingresso na magistratura por concurso público.

O Decreto n. 112, de setembro de 1891, dividiu o Estado em 14 comarcas: Capital, São José, São Miguel, Tijucas, Itajaí, Blumenau, São

Francisco do Sul, Joinville, São Bento, Laguna, Tubarão, Araranguá, Lages e Curitiba. Em novembro, a Lei estadual n. 16 criou as comarcas de Brusque e São Joaquim.

A mais alta Corte de Justiça catarinense foi instalada pelo Decreto n. 116, de 1º de outubro de 1891, em sessão solene no Conselho Municipal (funcionando provisoriamente), presentes o governador no exercício do cargo, membros do Congresso Legislativo, secretários, autoridades políticas e da administração, magistrados e advogados.

MUDANÇAS

Embates políticos provocados pelo então governador Tenente Machado, designado pelo governo de Floriano Peixoto, provocaram a dissolução do Superior Tribunal de Justiça em 9 de abril de 1893, quando foi promulgada nova Constituição, que criou novo órgão de cúpula do Judiciário, o Superior Tribunal da Relação (arts. 47 a 58), e acrescentou outros organismos judiciários, inclusive o Ministério Público. A Relação catarinense foi dissolvida posteriormente, por ato do novo governador, Antônio Moreira César, com a queda do atribuído Tenente Machado, e restaurado o Superior Tribunal de Justiça estadual, com a maioria dos seus originais integrantes.

Em 22 de abril de 1894, Moreira César dissolveu a Assembleia Legislativa que fora eleita em 1892, com predominância de deputados federalistas. Também em 1894 anulou os atos da administração do Tenente Manoel Joaquim Machado e restaurou a Constituição estadual de 1891.

A nova Carta estadual de 26 de janeiro de 1895 manteve a designação de *Superior Tribunal de Justiça*. A de 1934 denominou o órgão *Corte de Apelação*. A Constituição estadual de 1937 denominou-o de *Tribunal de Apelação*. A partir da Constituição de 1946, e sem alteração até hoje, o

órgão máximo da Justiça estadual passou a ostentar o nome de *Tribunal de Justiça*, como nos demais Estados.

LAGES, COMARCA DE 4^A ENTRÂNCIA

Em 19 de março de 1940, com a edição do Decreto-Lei n. 431, foi reformulada a divisão judiciária catarinense e a administração da Justiça. As comarcas foram reclassificadas – de primeira entrância: Bom Retiro, Caçador, Concórdia, Harmonia, Orleans, São Joaquim, Urussanga e Chapecó; de segunda entrância: Araranguá, Biguaçu, Brusque, Campos Novos, Cruzeiro, Jaraguá, Palhoça, Rio do Sul, São Bento e São José; de terceira entrância: Canoinhas, Indaial, Itajaí, Laguna, Mafra, Porto União, São Francisco, Tijucas e Tubarão; de quarta entrância: Florianópolis, Blumenau, Joinville e Lages. Essa posição de comarca de quarta entrância foi confirmada pela Lei n. 634, de 4 de janeiro de 1952, que regrou a nova Organização Judiciária do Estado.

Até 1949 as Varas Cíveis e Criminais da comarca de Lages funcionaram em imóveis locados ou cedidos. No dia 12 de março daquele ano foi inaugurado o novo edifício do Fórum de Lages, denominado Nereu Ramos, na esquina das Ruas Hercílio Luz e Benjamin Constant.

A inauguração foi presidida pelo então Juiz de Direito da Comarca, Dr. Ivo Guilhon Pereira de Mello, com a presença do vice-presidente da República e homenageado, senador Nereu Ramos, do vice-governador em exercício, Dr. José Boabaid (o governador Aderbal Ramos da Silva estava licenciado para tratamento de saúde), do presidente do Tribunal de Justiça do Estado, Dr. João da Silva Medeiros Filho, de deputados estaduais, federais, secretários de Estado, do prefeito municipal, Vidal Ramos Jr., de autoridades civis, eclesíásticas e militares.

Não comportando mais os serviços judiciários, o prédio do Fórum foi desativado e edificado outro, mais amplo e moderno, na Rua Belisário

Ramos, inaugurado em 27 de agosto de 1993, com a mesma denominação, “Fórum Nereu Ramos”.

Em março de 1988, o Órgão Especial do Tribunal de Justiça aprovou projeto de lei complementar que compactou e reclassificou as entrâncias judiciais, para modernização do sistema.

A comarca de Lages foi classificada no ápice como entrância especial, integrada por quatro Varas Cíveis, três Criminais, uma de Família, uma da Fazenda Pública, Execução Fiscal, Acidentes de Trabalho e Registros Públicos, uma da Infância e da Juventude, Juizado Especial Cível, Turma de Recursos (para julgamento de processos decididos nos Juizados Especiais) e uma Unidade Judiciária de Prática Forense, em convênio com a Universidade do Planalto Catarinense.

No ano comemorativo dos 150 anos da instalação, estiveram lotados na comarca de Lages os seguintes magistrados: Drs. Flávio André Paz de Brum (Diretor do Foro), Geraldo Correa Bastos, José Everaldo da Silva, Ariovaldo Rogério Ribeiro da Silva, Antonio Carlos Junkes dos Santos, Leandro Passig Mendes, Sílvio Dagoberto Orsatto, Luiz Neri Oliveira de Souza, Jaime Machado Júnior, Francisco Carlos Mambrini, Juliano Schneider de Souza, Marcelo Pizolati e Mônica Grisólia de Oliveira.

Segundo dados coletados na Corregedoria-Geral da Justiça, de janeiro a outubro de 2009 tramitaram na comarca de Lages 62.238 processos. Ressalte-se que, a partir de dezembro de 2008, cerca de 35 mil processos de execuções fiscais municipais foram movimentados pelo procedimento virtual.

DESMEMBRAMENTO TERRITORIAL

A partir dos anos 60 teve seguimento o desmembramento do território do município de Lages, com a criação de novos municípios e comarcas, como as de Santa Cecília e Anita Garibaldi (Lei n. 3.787, de

29-12-1965). Em 1994 foram criadas as comarcas de Correia Pinto, Otacílio Costa e Campo Belo do Sul. Depois, em 1999, Capão Alto, Cerro Negro, São José do Cerrito, Bocaina do Sul e Palmeiras, montando-se novas e dispendiosas estruturas administrativas (prefeituras, secretarias, organismos administrativos, câmaras municipais e outras). Os quase oito mil quilômetros quadrados do território original de Lages foram muito reduzidos com os desmembramentos.

A economia do município lageano, que foi considerada uma das mais fortes e importantes do Estado, nos anos 40 e 50, mercê da extração e indústria da madeira, agropecuária, exploração de riquezas minerais (xisto, bauxita, calcário, minério de ferro), bem como do cultivo de frutas europeias (maçã, pera, pêsego, ameixa, uva, figo), ficou fortemente fragilizada, em consequência da criação dos novos municípios, desmembrados do território original de Lages, empobrecendo a todos.

Hoje, constata-se que são desenvolvidos esforços para diversificar a economia lageana, para fortalecê-la, atrelando-a aos novos tempos e às novas necessidades do mercado, com o apoio de lideranças políticas ao Projeto Orion, idealizado pela Associação Comercial e Industrial do Município, com o objetivo de estimular a instalação de empresas de tecnologia, biotecnologia e mecânica, somando recursos públicos e privados, justamente quando o município de Lages comemora os seus 247 anos de fundação e o Tribunal de Justiça do Estado, os 118 anos de instalação.

REFERÊNCIAS

COSTA, Licurgo. *O continente das Lagens: sua história e influência no sertão da terra firme*. Florianópolis: Fundação Catarinense de Cultura, 1982. v. 2.

FERNANDES NETO, Tycho Brahe. *História do judiciário catarinense*. Florianópolis: Diploma Legal, 2000.

TEMPOS DE (UMA) MULHER

Léo Rosa de Andrade

A história do Ocidente, o que se chama de tradição ocidental, foi extremamente perversa com as mulheres. Essa perversidade obteve suporte moral na narrativa bíblica. O Velho Testamento, quando dá sua versão para os primórdios da humanidade, garante que, criado o homem, foi percebido que não lhe seria bom ficar sozinho. Deu-se-lhe, então, uma ajuda: criou-se o gado. O homem, todavia, considerou que, para si mesmo, não encontrava ajudante adequado. O criador, então, fabricou-lhe a mulher. Detalhes em Gênesis – 2,18. Triste encargo. A mulher nasceu, conforme os costumes gerais acreditados e praticados, carimbada como ajudante do homem. E não está fácil livrar-se de tal sina.

Com o passar do tempo, algumas mulheres foram tomando posição, pensando, falando. O custo era caro. Várias foram lapidadas, mortas a pedradas; outras foram queimadas vivas, em fogueiras vistosas, para dar exemplo; outras tantas ainda morreram pelas mãos dos maridos, que lhes podiam dar fim conforme o próprio arbítrio. Mesmo hoje, inúmeras mulheres vivem submetidas. Não falo de brigas de casal, falo de uma vida inteira de submissão aos interesses dos companheiros. Ainda, os homens têm vontade; as mulheres, em geral, têm destino: seguir o marido.

Posição política ampla de liberdade, no sentido de consciência, atitude e publicidade, somente aconteceu nos anos sessenta. Só na segunda parte do século passado as mulheres tiveram condições de posição

* Doutor em Direito pela UFSC; psicólogo; professor da Unisul.

e de debate. Foi durante a Segunda Guerra (1939-1945), nos Estados Unidos, que elas foram convocadas a trabalhar. Os homens estavam em combate; era preciso que o parque industrial bélico, as fábricas de armas operassem noite e dia. As muitas mulheres que viraram operárias descobriram o dinheiro, as ruas, as reuniões, a liberdade de ir e vir sem um marido dando palpite.

Bem, muito resumidamente: acabou a Guerra e os homens voltaram para casa. O lugar deles estava ocupado. O Governo iniciou – e o mercado adotou – uma campanha, com ampla publicidade, para convencer o “sexo frágil” a voltar para o lar. As famílias valorizaram as cozinhas, a indústria inventou o eletrodoméstico, as rádios tocaram músicas de exaltação à prenda do lar. Algumas mulheres, porém, não cederam, e deram início às campanhas feministas. Aos poucos a coisa se propagou e os ganhos sociais modificaram as regras jurídicas. O espaço social da mulher passou a existir.

Hoje, no Brasil, as mulheres já superaram a escolaridade dos homens em um ano (9,2 anos, ainda baixa), metade delas trabalha, e controlam a natalidade razoavelmente. Quando há concursos, elas normalmente levam vantagem. Empregos nos quais não eram aceitas, elas competentemente os invadiram. Nos cargos eletivos, as conquistas femininas crescem em participação e em sufrágios obtidos. Mulher importante já foi notícia; mulher importante, agora, é coisa comum, sempre e mais. As mulheres chegaram para ficar.

No Poder Judiciário, quando o presidente Fernando Henrique Cardoso indicou a primeira mulher, Eliana Calmon Alves, para um tribunal superior, o STJ, em 1999, elas já compunham cerca de 30% da Justiça do Trabalho, 20% da Justiça Comum e 15% da Justiça Federal. Mas bem antes disso, antes de qualquer outra, Thereza Grisólia Tang tornava-se, em 1954, a primeira juíza no Brasil. Ficou sem nenhuma

companhia feminina no Judiciário estadual por quase 20 anos. Foi nomeada desembargadora em 1975, pelo governador Konder Reis. Alcançou a Presidência do TJSC em 1989. Não foi fácil, é verdade, dar esses passos. Mas foram bem dados. Belos e marcantes passos da condição de mulher.

NOTICIÁRIO

DISCURSO DE POSSE DO DESEMBARGADOR JOÃO EDUARDO SOUZA VARELLA NO CARGO DE PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA.

“Seria até desnecessário dizer, porque todos me conhecem, que é com infinita honra que assumo a Presidência deste Tribunal. Primeiramente porque entre os anos de 1939 e 1974 esta Casa sempre ouviu com muito respeito e consideração os argumentos da pessoa a quem devo tudo que sou, tudo que sei e tudo que tenho, o advogado e legislador constituinte de 1947, Antônio Nunes Varella, meu pai, homem que me ensinou a respeitar, sem contestação, as decisões judiciais, e creio ter aprendido a lição. Segundo, porque advoguei nos anos de 1965 a 1973 e jamais tive decepção alguma com este Tribunal que, reconhecidamente, é tido como um dos mais brilhantes e eficientes da Nação, exemplo para vários outros e referência jurídica e moral que muito honra a terra barriga-verde.

Aprendi, pois, desde a infância, com meu pai e com os juristas que o cercavam, quão valioso é o estado democrático de direito, que deve ser defendido a qualquer custo, contra qualquer agressão feita a qualquer pretexto e a nação não mais aceitará encenações ditatoriais, totalitárias ou de perpetuação no poder, quer pessoal quer por meio de algum fantoche.

É-me extremamente difícil, mas também me causa extremo orgulho, suceder o eminente Des. Francisco José Rodrigues de Oliveira Filho na Presidência desta Corte.

Difícil porque Sua Excelência, magistrado honrado, competente e dedicado, soube, com rara felicidade, dirigir esta Casa, engrandecendo-a com suas atitudes, e enaltecendo-a com seu elevado espírito de justi-

ça. Sua reconhecida retidão de caráter e incontestável idoneidade de princípios e de propósitos foram herdadas de seu ilustre pai, o saudoso Desembargador Francisco José Rodrigues de Oliveira, amigo pessoal de meu pai, e transmitida a seu digno filho, o Juiz de Direito Diretor do Foro Eduardo Pedro Carneiro da Cunha Luz, nesta Capital, o eminente magistrado Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto. São, pois, três gerações de magistrados que dignificam a Justiça catarinense. Comprometo-me, Senhor Desembargador, a tê-lo como exemplo no exercício de meu mandato, rendendo-lhe as minhas profundas homenagens, estendendo-as à digníssima família.

Fui guindado à Presidência deste Tribunal pela unanimidade de meus ilustres pares. Espero não decepcioná-los.

Ostento a toga que me foi presentada por meu primo, mais irmão do que primo, o Desembargador Marcio Souza Batista da Silva. Espero, também, não desonrá-la.

Sei claramente que todos aqueles a quem cabe deliberar acerca de assuntos duvidosos devem estar isentos de todo sentimento de ódio ou amizade, ira ou misericórdia e até simpatia. Cumpre-nos minimizar, como cultores do estado democrático de direito, as demagogias que são cataclismos passageiros: todas as revoluções decorrentes da vertigem popular naufragaram nas ditaduras. Cumpre-nos zelar pela lei e pela ordem.

Bem conheço a profissão que abracei. Iniciei a carreira como Juiz Substituto e fui convocado para assessorar o ilustre Desembargador João de Borba em seu mandato como Corregedor-Geral da Justiça em 1973. Cumpri, após, todas as entrâncias e fui Juiz-Corregedor na gestão do ilustre Desembargador Tycho Brahe Fernandes Neto, já no ano de 1991, pessoas pelas quais tenho o maior respeito e elevada consideração.

Aproveito, por oportuno, parte de um pronunciamento que fiz em nome de meu Tribunal de Justiça na Assembleia Legislativa do Estado, em 2006, quando disse que, enquanto houver homens excessivamente ricos em prejuízo de homens excessivamente pobres, enquanto houver crianças sem brinquedos, sem roupas e sem escola, enquanto houver seres humanos doentes perambulando por extensas filas de institutos previdenciários, a Justiça brasileira não terá cumprido com o seu dever constitucional, que é o de dar a cada um o que é legitimamente seu. Acrescento hoje que tal manifestação não reconhece a quem quer que seja, se tornar também sem ordem ou sem respeito, seja à lei ou à propriedade, na forma constitucional e que deve ser preservada de socialismos baratos, demagógicos, corruptos, sem cultura e tradição. É inegável que a Nação passa por graves diferenças sociais. Os bolsões de miséria que aviltam as grandes concentrações populacionais devem aviltar também aqueles que os produziram.

É inegável que muitas vezes a pobreza decorre de circunstâncias alheias à vontade humana. Anote-se, então, que as condições geográficas e climáticas de um país de dimensões continentais, em muito ou em quase tudo, colaboram para tal situação, que será resolvida, mercê de Deus, com o expurgo da corrupção, da ganância desmedida e da ambição pelo poder a qualquer custo. Tenho a segura esperança que, com ordem, com respeito, com cauteloso trabalho e sem alarde e com responsabilidade saudável, gradativamente serão amenizadas essas diferenças que tanto nos preocupam.

Reconhecendo que ninguém tem o monopólio da verdade nem o privilégio do erro, e expostas dessa forma as minhas intenções e atitudes, espero que os princípios básicos da Revolução Francesa, contidos no Contrato Social de Jean Jacques Rousseau – liberdade, igualdade e fraternidade –, e em comunhão com o respeito à tradição, à família e à propriedade, sejam o norte da administração que ora se inicia.

Assumo com a humildade de quem sabe que se beneficia mais aquele que melhor serve.

Não me ofuscam os holofotes nem me atraí a vaidade do cargo. Extraio de *Pensées Choisies*, de Jean-Henry Baptiste de Lacordaire, que a humildade é uma aceitação voluntária do lugar que nos foi designado na hierarquia dos seres, uma posse de si mesmo, com uma moderação igual ao que se vale e que nos leva a descer para aquilo que não nos vale.

Tenho a consciência plena da responsabilidade e seriedade do cargo que me caiu aos ombros pela gentileza e bondade dos que compõem esta Corte de Justiça. Todavia, tal responsabilidade não me preocupa porque a Justiça Catarinense conta com Magistrados da envergadura moral e intelectual de Vossas Excelências, cuja cooperação e compreensão, tenho certeza, jamais me serão negadas.

Quero por fim deixar claro que a lei e a nossa consciência são os dois únicos poderes humanos aos quais a nossa dignidade profissional se inclina.

É-me impossível deixar de registrar que sempre contei com a compreensão de amigos e da família, que souberam suportar estoicamente as idiosincrasias de um magistrado atormentado pela função que o homem furtou de Deus, a de julgar os seus semelhantes, menção que faço no nome de Zuleika Maria.

Sou, por formação, católico, apostólico, romano e tenho a melhor consideração por todas as religiões, dêis que não contrárias às leis ou aos bons costumes. Faço essa observação para dizer que nasci na cidade de Joaçaba, para com a qual e a seus habitantes mantenho especial carinho, e, embora joaçabense de nascimento e coração, é muito estreito o laço que me aproxima de Santo Antônio dos Anjos da Laguna, a quem rogo proteção.

Por derradeiro, repetindo o que sempre faço quando me pronuncio em ocasiões como esta, ergo meu pensamento a Deus, seja ele o de qualquer religião que seja, ao todo-poderoso senhor dos mundos, aquele que dirige os povos e as nações, o verdadeiro juiz, para, em lhe agradecendo as dádivas que nos tem dado, pedir-lhe que nos dê a todos saúde e longa vida a fim de que possamos continuar trabalhando em benefício da boa aplicação da justiça em Santa Catarina e no Brasil.”

**DISCURSO DE POSSE DO DR. JOEL DIAS FIGUEIRA
JÚNIOR NO CARGO DE DESEMBARGADOR DO TRIBUNAL
DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA.**

*Tudo neste mundo tem seu tempo;
Cada coisa tem sua ocasião.
Há tempo de nascer e tempo de morrer.
Tempo de plantar e tempo de colher.
Tempo de matar e tempo de curar.
Tempo de derrubar e tempo de construir.
Há tempo de ficar triste e tempo de se alegrar.
Tempo de chorar e tempo de dançar.
Tempo de espalhar pedras e tempo de ajuntá-las.
Tempo de abraçar e tempo de afastar.
Há tempo de procurar e tempo de perder.
Tempo de economizar e tempo de gastar.
Tempo de rasgar e tempo de remendar.
Tempo de ficar calado e tempo de falar.
Há tempo de amar e tempo de odiar.
Tempo de guerra e tempo de paz.
[...] Deus marcou o tempo certo para cada coisa [...]
(Livro do Eclesiastes, Capítulo 3, Versículos 1-8 e 11)*

Assim, há muito sabedor de que “tudo tem seu tempo”, procurei desde cedo empenhar-me a fim de que o tempo e o universo conspirassem favoravelmente de maneira a concretizar os meus sonhos e planos, em sintonia com os desígnios do Criador.

Pois bem, era 1976, e lá estava Eu..., em dúvida sobre qual o caminho deveria seguir profissionalmente – pendia entre a ciência do Direito e a da Administração. Finalmente, escolhi prestar vestibular em 1977 para ingressar na Escola Superior de Administração e Gerência – Esag e fui aprovado, dando início ao conceituado curso com o costumeiro entusiasmo juvenil.

Nem sequer imaginava o que estava por acontecer em minha vida...

No final do primeiro ano de faculdade, tive a ventura de conhecer dois magníficos mestres que lecionavam Direito Privado e Direito Público: Humberto Grillo e o saudoso João Bonassis.

Foi então que despertei para a ciência do Direito...

No ano seguinte, em 1978, resolvi prestar vestibular para o curso de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Uma vez aprovado, iniciou-se, em seguida, uma verdadeira epopeia...

Ocorre que trabalhava durante o dia como funcionário concursado na administração dos Correios e, durante a noite, simultaneamente, cursava a Esag, no antigo prédio da Praça dos Bombeiros, e a faculdade de Direito, no antigo prédio da Rua Esteves Júnior.

Em 1979, exausto com o acúmulo de atribuições, precisei tomar aquela que seria, por certo, a maior decisão da minha vida.

Depois de muito refletir, decidi dedicar-me exclusivamente à ciência do Direito. Para tanto, pedi demissão dos Correios, e para os bancos acadêmicos da Esag jamais retornei.

Nada obstante, os ensinamentos amealhados durante dois anos e meio no curso de Administração serviram sobremaneira para a minha formação. E mais: em minha passagem pela Esag tive a oportunidade de

conviver com grandes mestres, assim como pude conhecer uma pessoa muito querida de todos nós, naquela época meu companheiro de estudos e dos jogos de futebol totó e de sinuca, hoje ilustre integrante desta augusta Corte de Justiça, o estimado Desembargador Jorge Luiz de Borba.

Com a decisão tomada de deixar definitivamente a Esag e o emprego na Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, consegui desapontar, ao menos temporariamente, as minhas duas joias preciosas e eternas — Joel Dias Figueira e Jaimira Cardoso Figueira — meus queridos pais, que, preocupados com o meu futuro profissional, temiam pela possibilidade de um engano em meu sentir, de maneira a estar abandonando um futuro promissor como administrador de empresas e tornando-me mais um numa profissão tão antiga e aparentemente saturada pela quantidade sempre crescente de universidades e de profissionais no mercado.

Foi então que, certa noite, no auge dos meus 19 anos, procurei ter uma conversa franca com meus pais, a fim de tranquilizá-los acerca da minha decisão e demonstrar-lhes tratar-se de verdadeira vocação.

De plano, percebi não ter sido muito convincente naquela que foi a minha primeira sustentação oral, pois senti através dos seus olhares uma boa dose de decepção, de descrença, de preocupação e até de compaixão com este filho que se fazia aparentemente rebelde. Ao final daquela conversa, desejaram-me boa sorte, rogando a Deus para que eu estivesse tomando a decisão acertada.

Como deixei de trabalhar e meus pais lutavam com dificuldades para sustentar os três filhos, tratei de vender imediatamente o meu velho Dodginho Polara e passei a me manter, em economia de guerra, com a verba trabalhista percebida em face da rescisão do contrato com o meu antigo emprego.

Não tardou para, naquele mesmo ano, um ilustre mestre de Introdução à Ciência do Direito oferecer, como motivação aos seus alunos que

tirassem a nota máxima em uma de suas provas, a clássica obra de Rudolf von Jhering – *A luta pelo direito*.

Para a minha felicidade, ganhei naquele semestre o tão cobiçado livro, mas como fazer para recebê-lo, se a nota foi obtida em derradeira prova e, em princípio, não iria mais encontrar o mestre em sala de aula?

Foi então que criei coragem, cortei a barba e os cabelos, que eram longos, coloquei um terno, camisa e gravata de meu pai e fui até o 10º andar do Tribunal de Justiça, tremendo dos pés à cabeça, para bater às portas do gabinete do Professor Desembargador Francisco May Filho, a fim de reivindicar o meu sonhado prêmio.

Para minha tranquilidade e alegria, fui recebido de braços abertos, com fidalguia única e calor humano inesquecível. Tivemos uma conversa sobre o Direito e as carreiras jurídicas que eu poderia abraçar. Naquela ocasião, disse ao Professor May Filho que sentia uma forte tendência a ser magistrado, mas, antes de decidir, gostaria de estagiar com juízes, advogados e membros do Ministério Público.

A conversa foi longa e promissora, tomamos mais um café e, para minha surpresa, ao final, o mestre convidou-me para assistir, às quintas-feiras, às sessões de julgamento da 2ª Câmara Criminal que ele presidia. E mais: abriu-me as portas para o acesso ao primeiro grau, prontificando-se a apresentar-me alguns juízes de direito da Capital.

Surpreendeu-me mais uma vez o professor: diante da minha resposta positiva, levantou-se e pegou-me pelo braço, conduzindo-me, pessoalmente, até o gabinete de alguns juízes – vale lembrar que, naquela época, o Fórum da Capital (exceto a então denominada Vara de Menores) situava-se nos quatro primeiros andares deste edifício (hoje denominado Torre I).

Foi então que conheci quatro grandes magistrados: no crime, Rogério Lemos, hoje desembargador aposentado, e o saudoso Wilson Eder Graf;

e, no cível, Francisco José Rodrigues de Oliveira Filho e o saudoso Marcio de Souza Batista da Silva.

Desde então, não perdi mais as sessões de julgamento da 2ª Câmara Criminal – compareci pela primeira vez em 5 de julho de 1979 (guardo comigo até hoje a pauta de julgamentos) – e lá se vão quase trinta anos...

A citada Câmara era então composta pelos eminentes Desembargadores Francisco May Filho (Presidente), Ivo Sell e Tycho Brahe Fernandes Neto, e os trabalhos eram secretariados por aquele que, no futuro não muito distante, seria também meu colega de concurso para ingresso na Magistratura, estimado amigo, hoje um dos mais destacados membros desta egrégia Corte — o Desembargador Cesar Mimoso Ruiz Abreu.

No primeiro grau, nos períodos matutino e vespertino, comecei a assistir às audiências na 3ª Vara Cível, com o Dr. Marcio de Souza Batista da Silva, e, no crime, com o Dr. Wilson Eder Graf, na 2ª Vara.

As tarefas por mim definidas eram assistir às audiências e, ao final, manusear os processos e anotar as minhas dúvidas (e não eram poucas) para pesquisar depois na legislação, dicionários jurídicos e doutrinas. Cheguei a montar uma espécie de “glossário pessoal”, num caderno de 300 folhas que me acompanhava em todos os lugares.

Na primavera de 1979, o Dr. Ney Rosa, na época Promotor de Justiça da 2ª Vara Criminal, indagou-me se eu não queria ser seu colaborador. Respondi-lhe que nada sabia, pois estava iniciando o 2º ano do curso de Direito, mas, por outro lado, não me faltava vontade de aprender e de colaborar. Disse-me então que precisava mesmo era de alguém para ajudá-lo a datilografar os seus trabalhos.

Lá fui eu, feliz como datilógrafo do Dr. Ney Rosa.

Nesse ínterim, meus contatos, nas audiências, com o Dr. Eder Graf intensificaram-se, e surgiu em pouco tempo, de maneira natural, uma grande admiração pelo mestre e uma profícua amizade entre nós.

Mais tarde, estagiei com o saudoso Dr. Paulo H. Viana e com o Dr. Nelson Ferraz, nas Promotorias de Justiça, quando então já minutava algumas denúncias e alegações finais.

No meu segundo ano de faculdade, procedeu-se à mudança do antigo prédio da Rua Esteves Júnior para o Centro Socioeconômico, no *campus* da UFSC, na Trindade, o que representou elevação de despesas em face dos deslocamentos, pois residia com meus pais em Coqueiros, na Rua Abel Capela, bem como um desgaste físico ainda maior, pois costumava chegar em casa, depois de pegar dois ônibus, por volta das 23h30, quando então jantava e, em seguida, depois de um banho meio frio, todas as noites, dava início aos estudos, acompanhado de um bom café ou de pó de guaraná, até as 2h da madrugada, aproximadamente, mesmo sabendo que, no dia seguinte, estaria no Fórum, às 9h, para acompanhar as audiências e colaborar com juízes e promotores de justiça.

Era confortante quando conseguia uma carona, até Coqueiros, com a minha colega e, até hoje, dileta amiga, a advogada Nadjanara Raquel da Cunha Leal Schaefer, com quem dividia também muitas horas de estudos na residência dos nossos pais e nas bibliotecas.

Ocorre que, naquela época (final da década de 70 e início da de 80), nem sequer se cogitava em estágios remunerados em gabinetes de juízes e promotores de justiça. Assim, como a minha dedicação era voltada à prática forense e aos estudos universitários, as condições financeiras não iam muito bem.

Mas, de fato, tudo tem seu tempo...

Não tardou que, por indicação do Dr. Wilson Eder Graf, eu fosse trabalhar como estagiário da Coordenação das Organizações Penais — finalmente, um estágio remunerado...

No ano seguinte (1980), conheci, numa das audiências da 3ª Vara Cível, o Dr. Antônio Carlos Boabaid, oportunidade em que me convidou para trabalhar em seu escritório, como estagiário remunerado. Aceitei prontamente e lá permaneci durante vários meses, no período matutino, enquanto as minhas tardes eram dedicadas ao estágio forense.

Meses depois, o Dr. Antônio Carlos Boabaid solicitou-me a prestação de serviços em período integral, recompensando-me com um considerável aumento de salário. Porém, a aceitação significava abdicar dos meus estágios (gratuitos) no Fórum. Como naqueles dias já pressentia o chamamento para a Magistratura, acabei declinando do honroso e tentador convite que me foi formulado.

Foi inesquecível essa primeira experiência com a advocacia.

Então pensei: novos tempos de “vacas magras” ..., mas não perdi as esperanças de que em breve outras oportunidades surgiriam.

Realmente, não tardaram a surgir. Semanas depois, numa outra audiência, recebo um convite, dessa feita realizado pelo eminente e saudoso advogado Dr. Paschoal Apóstolo Pítsica, e passei então a trabalhar em seu escritório na Rua Duarte Schutel, ao lado de seu irmão, o ilustre Prof. Dr. Nicolau Apóstolo Pítsica, e do advogado Dr. José Isaac Pilati, escritório em que permaneci como estagiário até o meu último ano de faculdade.

Meses depois, resolvi conhecer, na prática, os “mistérios” do Tribunal do Júri. Naquela ocasião, mais experiente e destemido, bati às portas do Promotor de Justiça da 1ª Vara Criminal e pedi a ele que me concedesse a oportunidade de ser seu estagiário voluntário. Conversa vai, conversa vem, descobri que ele – Dr. André Mello Filho — fora um grande amigo

de infância de meu pai, naqueles bons tempos do Estreito que não voltam mais ...

Passsei então a colaborar na feitura das denúncias de homicídio, alegações finais, recursos e, o que era mais importante, a participar do Tribunal do Júri, comandado pelo mui digno magistrado, hoje desembargador aposentado, Alberto Luiz da Costa. Fascinava-me participar da elaboração dos quesitos, da confecção dos cartazes com as teses que seriam apresentadas aos jurados em plenário e, o que era mais gratificante, entrar e acompanhar os trabalhos na sala secreta e verificar a condução da votação dos quesitos.

Naqueles tempos, um dos meus momentos de maior alegria e honra era, na sessão do Júri, sentar-me ao lado do Dr. André Mello Filho e ser saudado como seu dedicado estagiário de Direito.

Jamais me esquecerei – caríssimo Dr. André Mello Filho — daqueles momentos marcantes e grandes conhecimentos jurídicos nos quais Vossa Excelência sempre foi mestre de primeiro quilate, a par da estreita amizade que frutificou e nos une paternalmente até os dias de hoje.

Por fim, além do estágio de meio período mantido no escritório do Dr. Nicolau Pítsica, passei a estagiar com o saudoso Dr. Eder Graf, na 2ª Vara Criminal, e, no último ano, com o Dr. Francisco José Rodrigues de Oliveira Filho, na 6ª Vara Cível, com os quais muito aprendi em sede de Direito Material e de Direito Instrumental.

No 3º ano da faculdade de Direito, escrevi uma apostila intitulada “Da posse e dos direitos reais”, com um anexo de 100 questões práticas acerca dos temas propostos. Esse modesto opúsculo de 180 laudas, rodado em gráfica de Florianópolis, com capa elaborada pelo meu pai, dirigido aos acadêmicos que cursavam Direito das Coisas, teve a apresentação, para a minha satisfação e honra, feita pelo então professor titular da cátedra, o saudoso Dr. Jaimor Guimarães Collaço. O trabalho ganhou notoriedade

entre os acadêmicos e, para minha surpresa, passei a receber pedidos de alunos da Univali e da Furb, o que me rendeu os meus primeiros “direitos autorais”.

Quando estava no 4º ano da faculdade, fiz um estudo sobre a recente lei editada acerca da usucapião rural, intitulado “Usucapião especial – comentários à Lei 6.969, de 10/12/81”.

Levei o trabalho para apreciação do mestre e então presidente deste egrégio Tribunal de Justiça, Desembargador Francisco May Filho. Mais uma vez, surpreendeu-me o querido professor, pois determinou que fosse publicado na doutrina da Jurisprudência Catarinense aquele meu modesto estudo, com o que me concedeu a honra de ser o primeiro acadêmico do curso de Direito a publicar algum trabalho em nossa renomada revista (v. JC v. 35, p. 49 et seq.).

Curioso: naquele ano, para melhor compreender alguns brocardos jurídicos, resolvi ter aulas particulares de latim, com o saudoso mestre Hélio Barreto, professor de Direito Romano.

No início do 5º ano da faculdade, quando já adiantava um semestre para me formar com a turma de 82/2, o então formando Gilberto Callado de Oliveira (hoje doutor, procurador de justiça, doutrinador e membro imortal da Academia Catarinense de Letras) ofereceu-me a sua vaga na Academia de Comércio de Santa Catarina (conhecida “Escola do Jacaré”), para lecionar Direito Privado e Direito do Trabalho.

Aceitei o convite e a indicação do amigo e lá permaneci até me formar, trabalho que se somou às atividades forenses com os juízes e o estágio no escritório do Dr. Pítsica. Encontrei ainda algum tempo para lecionar Educação Moral e Cívica e Organização Social e Política do Brasil na Escola Alferes Tiradentes (a conhecida escola da “Olga Brasil”) e, ainda, colaborar eventualmente com o meu estimado tio, em seu escritório, o advogado João Carlos Nunes Motta.

No último mês de faculdade, mudei-me para Tubarão, a convite do Dr. Léo Rosa de Andrade (irmão do hoje desembargador e amigo Lédio Rosa de Andrade), para trabalhar em seu escritório, e, logo depois de formado, recebi o convite do caríssimo e saudoso Des. Ernani Palma Ribeiro para ser o seu secretário jurídico, função que exerci até 28 de dezembro de 1984, quando então tomei posse como Juiz de Direito Substituto deste Estado.

Para realizar esse sonho, que hoje se coroa com a minha posse como desembargador desta Corte, foram quase 4 anos de estudos permanentes fundados em programa de concurso para ingresso na Magistratura, estudos que muito dividi, especialmente nos últimos dois anos, com a minha querida amiga de turma de formatura e de ingresso na carreira, a estimada e brilhante Desembargadora Maria do Rocio Luz Santa Ritta.

Enfim, realizei o meu sonho – ser magistrado em meu Estado natal – para poder servir o povo catarinense com toda a dedicação, honestidade e conhecimentos amalhados ao longo dos anos.

Hoje ascendo a este egrégio Tribunal, depois de 24 anos e dois meses de carreira, com a independência que sempre marcou a minha vida e a certeza, cada vez maior, da responsabilidade que pesa sobre os meus ombros de distribuir justiça, ladeado por **73** colegas do mais elevado quilate jurídico e moral, componentes de uma das melhores cortes de justiça deste país, fato secularmente reconhecido por todos.

Ao Poder Judiciário de Santa Catarina já dediquei a metade de minha existência e, se Deus permitir, ainda muito quero poder contribuir em favor do povo catarinense, sempre e cada vez mais merecedor de uma Justiça qualificada, rápida e efetiva, notadamente em tempos tão difíceis como este em que vivemos, em que a corrupção, notadamente política, espalha-se vorazmente como uma praga pelos municípios, estados e União, exigindo do Judiciário, quando provocado, uma resposta justa e cabal,

na exata medida em que somos o porto seguro, o verdadeiro baluarte do estado democrático de direito.

Com os serventuários de todo o Estado assumo o compromisso de defender e lutar pelos seus legítimos interesses, pois estou plenamente convencido de que são eles a mola propulsora deste Poder, sem os quais não podemos dizer, e muito menos exercer, o direito de qualquer cidadão.

Aos membros que compõem esta egrégia Corte apresento os meus sinceros agradecimentos pela expressiva votação (quase unânime) para, por merecimento, guindar-me a este seletto corpo de cinquenta desembargadores.

Espero, sinceramente, poder sempre corresponder às expectativas que me foram confiadas por Vossas Excelências, com a certeza de que estarei empenhado a oferecer o melhor de minha contribuição político-administrativa e jurídica, notadamente na área cível. Trago comigo ideias, esboços, propostas e sugestões para melhorar ainda mais o funcionamento e a celeridade na prestação da tutela jurisdicional desta Corte, bem como de nossas varas cíveis e dos juizados especiais.

Agradeço também a esta Corte de Justiça, que, no passado, autorizou-me a realizar os estudos de Especialização em Direito Civil e Processual Civil na *Università Degli Studi di Milano* – Itália (1988/1990) e, posteriormente, o meu mestrado e doutorado (1994/1995) na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, em Direito Processual Civil.

Por certo, sem o apoio efetivo deste egrégio Tribunal de Justiça, a consecução das minhas aspirações científicas e doutrinárias estaria comprometida.

Alguns agradecimentos especiais preciso fazer: primeiramente à minha filha Beatriz, anjo inesperado que se fez eterno em minha vida, portadora de luz cintilante e magnificamente encantadora; à minha saudosa

bisavó, Edith Cássia Sampaio Cardoso, que, por vinte anos, participou intensamente da minha formação, mulher de fibra e personalidade marcante, amiga e carinhosa, forjadora dos meus princípios basilares e mentora dos rumos que haveria de seguir; minha saudosa mãe, amiga de todas as horas, minha professora querida, ouvidora e conselheira permanente, minha fã incondicional que tanta falta me faz.

Finalmente, mas não em último lugar, agradeço ao meu pai, meu amigo, meu litisconsorte, ora facultativo, ora necessário, companheiro que, quando criança, entre tantas coisas singulares, ensinou-me a soltar pipas e a admirar e valorizar as coisas simples do mundo e a beleza da natureza, que ele tanto sabe fazer refletir em suas lindas telas impressionistas. E o que é mais importante, meu querido pai, ensinaste-me, em exemplo vivo, o que é retidão moral, perseverança e vontade de vencer. Obrigado, meus pais, pelos sacrifícios que fizeram para bem educar e formar os seus três filhos, sem nunca nos ter deixado faltar nada, muito menos amor, carinho e verdadeiro exemplo de vida.

Meus sinceros agradecimentos aos meus irmãos, querida Joyce Cardoso Figueira e Marcelo Cardoso Figueira, e, em particular, à minha avó Olga Peluso Cardoso (mãe de minha mãe, que, mesmo adoentada, aos seus 92 anos e meio, se faz presente neste ato para, alegremente, prestigiar o seu neto).

Igualmente, agradeço aos meus verdadeiros amigos e amigas (alguns ainda de infância), que, de maneira direta ou indireta, são também responsáveis pelo sucesso obtido ao longo dos meus cinquenta anos, bem como pelos singulares momentos proporcionados de extrema alegria, além do apoio e compreensão recebidos em situações difíceis pelas quais já passei.

Escreveu Raquel de Queiroz (*Crônicas Escolhidas*):

Pode haver nada mais confortável neste mundo do que um velho amigo? Não tem surpresas conosco, mas também não espera de nós o que não podemos dar. Não se escandaliza com o que fazemos, não se irrita, ou, quando se irrita, é moderadamente...

Não precisa a gente lhe explicar nada, o mecanismo de novos interesses e até mesmo de novos amores, porque o velho amigo conhece todos os nossos mecanismos. Mas, além dessa capacidade de compreensão quase infinita, se o amigo velho nos é acima de tudo precioso é porque preciosos também somos nós para ele.

Agradeço à minha competente equipe de trabalho, Doutorras Cristina Azevedo de Oliveira, Caroline Ros, Liziane Iladi, Francine Guarezzi e Dr. Luiz Gustavo Latocheski, pela dedicação e empenho com que conduzem as nossas atividades judicantes, somando-se ao harmonioso relacionamento diuturnamente firmado entre nós, que se materializa com o carinhoso e significativo presente recebido: a toga que envergo nesta solene ocasião. Muito obrigado a vocês.

Da mesma forma, agradeço à estimada colaboradora de minhas obras jurídicas, Dra. Susana Lyra, profissional extremamente competente, estudiosa, ética e dedicada.

Meus agradecimentos também às minhas estimadas funcionárias do fórum da comarca de Joinville, com quem trabalhei durante doze anos, à frente dos Juizados Especiais Cíveis, 5ª Turma Recursal e 2ª Vara Cível, e que hoje me presenteiam com sua presença, em caravana, nesta solenidade.

Em especial, agradeço a Deus, como faço todos os dias em minhas orações, por ter-me agraciado com tanto nesta vida, por ter-me iluminado desde o início da minha existência, e, ainda, por ter-me concedido saúde e presenteado com a amada filha Beatriz.

Rogo ao Criador para que sempre me ilumine nesta difícil, nobre e pouco compreendida missão de julgar o semelhante, a fim de que, distribuindo justiça, possa dar a cada um aquilo que lhe é devido, com humildade e sabedoria, sem me esquecer jamais de que um dia haverei de prestar contas da vida que me foi confiada, oportunidade em que não mais serei o julgador.

Hoje, mais do que nunca, estou convencido de que tudo tem seu tempo, assim como não menos convencido estou da lição do poeta: “quem sabe faz a hora, não espera acontecer”.

Encerro a minha fala dirigindo-me, mais uma vez, aos ilustres componentes desta augusta Corte: contem comigo, eminentes pares, em tudo e para tudo em prol dos jurisdicionados e do Poder Judiciário catarinense, certos de que me enfileirar com Vossas Excelências nesta cruzada de distribuir justiça é motivo de júbilo e de grande honra.

Muito obrigado a todos.

**SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL**

ACÃO RESCISÓRIA

Ação Rescisória n. 1.409-0 de Santa Catarina

Relatora: Mina. Ellen Gracie

Revisor: Min. Gilmar Mendes

Autora: União

Advogado: PFN – Dr. Luiz Carlos Sturzenegger

Ré: Transportes Kolizeni Ltda.

Advogados: Drs. Jacson Murilo Waldameri e outros

EMENTA

ACÇÃO RESCISÓRIA. VIOLAÇÃO À LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI. ART. 485, V, DO CPC. FINSOCIAL. EMPRESA EXCLUSIVAMENTE PRESTADORA DE SERVIÇOS. MAJORAÇÕES DE ALÍQUOTA DECLARADAS INCONSTITUCIONAIS NO JULGAMENTO DO RE N. 150.764. ACÓRDÃO RESCINDENDO QUE AFIRMOU O ENQUADRAMENTO DA EMPRESA COMO EXCLUSIVAMENTE PRESTADORA DE SERVIÇOS, MAS EXTIRPOU AS REFERIDAS MAJORAÇÕES COM BASE EM PRECEDENTE APLICÁVEL ÀS EMPRESAS COMERCIAIS E INDUSTRIAIS. ART. 56 DO ADCT. VIOLAÇÃO.

1. Preliminares de decadência por decurso do biênio legal e citação extemporânea. Afastamento diante de precedentes deste Tribunal.

2. Preliminar de descabimento da ação por incidência da Súmula STF 343. Argumento rejeitado ante a jurisprudência desta Corte que elide a incidência da súmula quando envolvida discussão de matéria constitucional.

3. Este Supremo Tribunal, ao julgar o RE n. 187.436, rel. Min. Marco Aurélio, declarou a constitucionalidade das majorações de alíquotas do Finsocial (art. 7º da Lei n. 7.787/89, art. 1º da Lei n. 7.894/89 e art. 1º da Lei n. 8.147/90) no que envolvidas empresas exclusivamente prestadoras de serviços.

4. Decisão rescindenda que destoa da orientação firmada nesse precedente, afrontando os arts. 195 da CF e 56 do ADCT, conforme a interpretação firmada no mesmo julgado.

5. Ação rescisória julgada procedente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, julgar precedente a ação. Em seguida, também por maioria, resolver questão de ordem suscitada pelo Senhor Ministro Menezes Direito no sentido de autorizar o Relator a decidir monocraticamente ações rescisórias que versem sobre a cobrança do Finsocial das empresas exclusivamente prestadoras de serviço, nos termos do voto da Relatora e do Ministro Presidente (Revisor).

Brasília, 26 de março de 2009.

Ellen Gracie
RELATORA

RELATÓRIO

A SENHORA MINISTRA ELLEN GRACIE: 1. Ação rescisória proposta pela União em face de Transportes Kolizeni Ltda., visando à rescisão do acórdão prolatado pela Segunda Turma desta Corte no RE n.

169.621-1/SC (fls. 87-92). Em tal decisão, deu-se parcial provimento ao recurso extraordinário da contribuinte para se assentar que a controversa cobrança do Finsocial deveria ser feita nos termos do Decreto-Lei n. 1.940/82 até a edição e vigência da LC n. 70/91.

Recebidos os declaratórios para esclarecer que as empresas prestadoras de serviço ficam sujeitas à exigência da contribuição social, prevista no Decreto-Lei n. 1.940/82, à base de 0,5% sobre o faturamento, até a vigência da LC n. 70/91, a União ingressou com embargos de divergência (fls. 93-95) que, diante do despacho de não admissibilidade, foram sucedidos por agravo regimental (fls. 96-103), o qual se negou provimento. Dessa decisão a União foi intimada, nos termos da Lei Complementar n. 73/93, em 1º de julho de 1996, conforme certidão de fl. 104.

2. A União, com base no art. 485, V, do CPC, combinado com o art. 259 do RISTF, alegando ser a ré empresa exclusivamente prestadora de serviços, sustenta ter o acórdão rescindendo violado a literalidade do disposto nos arts. 7º da Lei n. 7.787/89, 1º da Lei n. 7.894/89 e 1º da Lei n. 8.147/90, além do disposto no art. 195, I, da Constituição Federal e no art. 56 do ADCT/88.

3. A ré apresentou contestação (fls. 129-131) em que alega, preliminarmente, haver-se operado a decadência, quer pelo decurso de prazo superior ao biênio fixado em lei, quer pelo fato de o despacho citatório haver sido cumprido tardiamente. Ainda em sede preliminar, sustenta o descabimento da presente rescisória com a invocação da Súmula STF n. 343, bem assim a impossibilidade de rescisão de julgado declaratório de inconstitucionalidade.

4. Em réplica à contestação da parte contribuinte, contrapôs a União os argumentos preliminares de decadência e descabimento da ação rescisória (fls. 141-146).

5. Instada a especificar prova (fl. 148), a União manifestou-se no sentido da desnecessidade de sua produção (fl. 206). Saneado o feito (fl. 208), com razões finais da União (fls. 214-220), o Ministério Público Federal, em parecer de lavra do Procurador-Geral da República, Prof. Geraldo Brindeiro, opinou pela procedência da presente ação rescisória (fls. 223-227).

6. É o relatório, que encaminho à consideração do eminente Ministro Revisor, distribuindo-se cópias, oportunamente, aos demais Senhores Ministros (arts. 87, II, e 262 do RISTF).

Brasília, 21 de novembro de 2005.

VOTO

A SENHORA MINISTRA ELLEN GRACIE — (Relatora): 1. Firmo a competência deste Tribunal, uma vez que evidenciada a apreciação, pelo acórdão rescindendo, das majorações de alíquota levadas a efeito pelas Leis n. 7.787/89, 7.894/89 e 8.147/90 em frente do art. 56 do ADCT e do art. 195 da Constituição, questões essas provocadas nas razões da presente rescisória, conforme se depreende do próprio voto do relator (fl. 89):

“[...]

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE n. 150.764-PE, relator para o acórdão o Sr. Ministro Marco Aurélio, declarou a inconstitucionalidade do art. 9º da Lei n. 7.689, de 15-12-88, do art. 7º da Lei n. 7.787, de 30-6-89, do art. 1º da Lei n. 7.894, de 24-11-89 e do art. 1º da Lei n. 8.147, de 28-12-90, fica esclarecido que o D.L. n. 1.940/82, com as alterações havidas anteriormente à CF/88, continuou em vigor até a edição da Lei Complementar n. 70, de 1991.

[...]”

2. Assentada a competência para apreciação do pedido pelo disposto no art. 102, I, *j*, da Constituição Federal e no art. 259 do RISTF, rejeito, de imediato, a hipótese de decadência verberada na peça de contestação.

O exame dos autos do julgado rescindendo revela que, intimada pessoalmente a União em 1º-7-1996 (segunda-feira) acerca do acórdão que rejeitou o agravo regimental (fl. 104), o prazo para eventuais embargos declaratórios tem sua contagem iniciada no primeiro dia de expediente forense, observada a regra do art. 105, *caput* e § 1º, do RISTF, em 1º-8-1996. Incidente a prerrogativa inserida no art. 188 do Código de Processo Civil (contagem em dobro), tem-se no dia 12-8-1996 (segunda-feira) o termo final para a oposição de novos embargos. Em 13 seguinte, portanto, teve início o prazo decadencial para o manejo desta ação rescisória, conforme precedente desta Casa firmado na AR 1.026 (rel. Min. Cordeiro Guerra, Plenário, maioria, DJ de 23-4-1982) e reiterado na AR n. 1.032 (rel. Min. Rafael Mayer, Plenário, unânime, DJ de 27-2-1987), assim ementada:

"Ação Rescisória. Decadência. Tem início a contagem do prazo para efeito da propositura da ação rescisória, no momento em que já não cabe mais recurso da decisão rescindenda, por não ter sido exercitado, ou por não ser mais exercitável. Interpretação dos arts. 495, 219 e 220 do Cód. Proc. Civil. Alegação rejeitada. Arguição de dolo da parte vencedora, falsidade da prova e erro de fato (art. 485, incs. III, VI, VII e IX do Cód. Proc. Civil). Conceito legal. Limites da ação rescisória. Improcedência da ação".

Iniciado em 13-8-1996, o prazo decadencial se esgotaria em 13-8-1998, ante o disposto no art. 1º da Lei n. 810/49 ("Considera-se ano o período de doze meses contado do dia do início ao dia e mês correspondentes do ano seguinte"). Nessa data, em 13-8-1998, foi ajuizada a presente rescisória.

Por outro lado, no que concerne à extemporaneidade do despacho citatório proferido além do biênio legal, a jurisprudência desta Corte (AR n. 1.178, rel. Min. Marco Aurélio, Plenário, maioria, DJ de 30-8-1996) confere efeitos retroativos à citação efetivada em momento ulterior ao decurso do prazo da rescisória, a menos que o atraso seja imputável à conduta do autor.

Note-se que a presente rescisória foi ajuizada em 13-8-1998, o feito foi distribuído em 18-8-1998 e a citação dos representantes legais da ré determinada em 26-8-1998 (fl. 108). A carta de ordem foi distribuída no colendo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina em 14-9-1998 (fl. 179), sendo parcialmente cumprida em 22 de março de 1999, com a citação de um dos sócios da empresa ré na comarca de Chapecó/SC (fl. 195-v.), e, após trâmite em três comarcas distintas daquele Estado, a citação de outro sócio na comarca de Xaxim/SC, em 5 de maio de 1999 (fl. 199-v.).

Observo, no entanto, que os atos citatórios de fl. 195-v. e 199-v. estão em desacordo com o estabelecido no art. 215 do CPC, porquanto efetuados em nome de sócios sem poderes para representar a empresa ré, conforme se depreende do item V do contrato social juntado a fl. 46 dos autos. Diante da absoluta impossibilidade dos citados representarem a ré na qualidade de parte, tenho como postergado, nos termos do art. 214, § 1º, do CPC, os efeitos citatórios para a data de 10-5-1999, com o protocolo de sua contestação nesta Corte, originariamente competente para apreciar o pedido rescisório contra seu julgado, nos termos do art. 102, I, *j*, da Constituição Federal e do art. 259 do RISTF.

Como se vê, o extravasamento do biênio deu-se por razões operacionais relativas à tramitação do processo dentro do próprio Tribunal, não havendo falar-se em morosidade imputável à autora, em especial se considerados os incidentes relatados para se efetuar a citação.

Rejeito, portanto, a hipótese de decadência.

3. No que concerne ao argumento pelo descabimento do pedido rescisório, suscitado sob a alegação de rediscussão de aspectos constitucionais controvertidos, melhor sorte não lhe assiste. É que esta Corte já deixou assinalado o descabimento da incidência da Súmula 343/STF ("Não cabe ação rescisória por ofensa a literal dispositivo de lei, quando

a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais") quando em jogo interpretação de matéria de cunho constitucional. Destaco, nesse sentido, precedente da 2ª Turma (RE n. 328.812-AgR, rel. Min. Gilmar Mendes, unânime, DJ de 11-4-2003) assim ementado:

"Recurso Extraordinário. Agravo Regimental. 2. Ação Rescisória. Matéria constitucional. Inaplicabilidade da Súmula 343. 3. A manutenção de decisões das instâncias ordinárias divergentes da interpretação constitucional revela-se afrontosa à força normativa da Constituição e ao princípio da máxima efetividade da norma constitucional. 4. Ação Rescisória fundamentada no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal. A indicação expressa do dispositivo constitucional é de todo dispensável, diante da clara invocação do princípio constitucional do direito adquirido. 5. Agravo regimental provido. Recurso extraordinário conhecido e provido para que o Tribunal *a quo* aprecie a ação rescisória".

Anoto que, nesse julgamento, fez-se referência a julgado oriundo do Plenário desta Casa que já proclamara não invocável o verbete da Súmula STF n. 343 no debate de matéria constitucional (RE n. 89.108, rel. Min. Cunha Peixoto, Plenário, maioria, DJ de 19-12-1980).

Nem se diga que tais precedentes somente apreciaram a questão em sede recursal, como decorrência da busca da coerência entre julgados dos demais tribunais e os paradigmas constitucionais fixados pelo Supremo Tribunal. A razão de ser do afastamento da Súmula em matéria constitucional, como explicitado nos precedentes, diz com a própria realização da força normativa da Constituição, donde o descabimento de interpretação que, como pretende a empresa ré, venha a coibir o dissenso entre os demais tribunais e esta Corte, admitindo-o todavia no âmbito interno desta Casa.

Ademais, entendo que este Supremo Tribunal deve evitar a adoção de soluções divergentes, principalmente em relação a matérias exaustivamente discutidas por seu Plenário, como a que se examina neste instante.

Manifestei essa posição no julgamento da Ação Rescisória n. 1.713, de que fui relatora (Plenário, unânime, DJ 19-12-2003):

"Sobre a rescisória ajuizada com base no art. 485, V, do CPC, quando em jogo a violação de dispositivo constitucional, asseverou o eminente Ministro Gilmar Mendes, ao proferir seu voto no RE n. 235.794-AgR, que 'a manutenção de soluções divergentes, em instâncias inferiores, sobre o mesmo tema, provocaria, além da desconsideração do próprio conteúdo da decisão desta Corte, última intérprete do texto constitucional, a fragilização da força normativa da Constituição.' No presente caso, da mesma forma, a manutenção da decisão proferida por esta Corte, permitindo a majoração de alíquotas do Finsocial recolhido por empresa seguradora, fragilizaria a força normativa dos arts. 195 da CF e 56 do ADCT".

A adoção no âmbito desta Corte de decisões contraditórias compromete a segurança jurídica, porque provoca nos jurisdicionados inaceitável dúvida quanto à adequada interpretação da matéria submetida a esta Suprema Corte.

Rejeito, portanto, a pretensão de incidência da Súmula STF n. 343, como a impedir a apreciação deste pedido rescisório.

4. O cerne do questionamento trazido a exame na presente ação rescisória encontra-se na conclusão a que chegou o acórdão rescindendo de que a parte contribuinte, não obstante empresa exclusivamente prestadora de serviço (condição afirmada no próprio objeto social da empresa), faz jus ao recolhimento da contribuição para o Finsocial à alíquota de 0,5%, ante a inconstitucionalidade das majorações de alíquota levadas a efeito pelas Leis n. 7.787/89, 7.894/89 e 8.147/90. Ao assim decidir, a colenda Segunda Turma desta Corte deliberou pela adequação ao caso do precedente firmado no julgamento do 150.764 (redator para o acórdão Min. Marco Aurélio, Plenário, maioria, DJ de 2-4-1993).

Assinala a União, como a fundamentar o pedido rescisório, a conclusão a que chegou o Plenário desta Corte na apreciação do RE n. 187.436

(rel. Min. Marco Aurélio, maioria, DJ de 31-10-1997), quando ficou pacificado o entendimento de que a declaração de inconstitucionalidade das majorações de alíquota do Finsocial, efetivada no RE n. 150.764, não aproveita as empresas exclusivamente prestadoras de serviços, que estão submetidas à disciplina legal diversa. Esse foi, exatamente, o argumento utilizado pela ora autora nos embargos — de declaração e de divergência — apresentados contra a decisão rescindenda.

Constatado que o entendimento rescindendo reproduz o teor de diversas decisões firmadas no âmbito da 2ª Turma deste Supremo Tribunal quanto ao tema do Finsocial até aquele momento, tomadas a partir do julgamento do RE n. 150.764. Somente em 28-4-1995, a 1ª Turma apreciou a questão do Finsocial procedendo à diferenciação entre os regimes das empresas comerciais e industriais e aquelas exclusivamente prestadoras de serviços (RE n. 181.857, rel. Min. Ilmar Galvão, unânime, DJ de 15-9-1995).

Criou-se então um dissenso entre as Turmas desta Corte. Enquanto a 1ª Turma proclamava a constitucionalidade das majorações de alíquota do Finsocial para as empresas exclusivamente prestadoras de serviços, em decorrência da constitucionalidade do art. 28 da Lei n. 7.738/89 (reconhecida no RE n. 150.755), a 2ª Turma entendia a hipótese albergável pela declaração de inconstitucionalidade firmada no RE n. 150.764.

A discrepância culminou com a afetação, ao Plenário, do RE n. 187.436 (rel. Min. Marco Aurélio, maioria, DJ de 31-10-1997), ocasião em que ficou sedimentada a orientação segundo a qual as empresas exclusivamente prestadoras de serviços estão obrigadas ao recolhimento do Finsocial à alíquota de 2% até o advento da Lei Complementar n. 70/91, em razão da constitucionalidade, para tais empresas, das majorações de alíquotas determinadas pelos arts. 7º da Lei n. 7.787/89, 1º da Lei n. 7.894/89 e 1º da Lei n. 8.147/90. Colho trecho final do voto condutor, *verbis*:

"Inegavelmente, a premissa desse último precedente (RE n. 150.764) mostrou-se única, ou seja, o agasalho do Finsocial pela Carta de 1988, tal como apanhado à época e consideradas as empresas vendedoras de mercadorias e aquelas que auferem receita bruta em decorrência da venda de mercadorias e simultânea prestação de serviços. Sendo pacífico que o art. 56 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias não alcançou as empresas exclusivamente prestadoras de serviços, conforme assentado no precedente de lavra do Ministro Sepúlveda Pertence (recurso extraordinário n. 150.755/PE) e que a contribuição do artigo 28 da Lei n. 7.738/89 mostrou-se harmônica com o que previsto no artigo 195, inciso I, da Constituição Federal, forçoso é concluir pela legitimidade das majorações ocorridas, não se aplicando às empresas exclusivamente prestadoras de serviços o precedente revelado pelo recurso extraordinário n. 150.764".

Assinalo que o julgamento final desse precedente deu-se em 25-6-1997, razão pela qual suas conclusões — incluída aí a determinação de comunicação ao Senado Federal acerca da declaração de constitucionalidade das majorações de alíquota — não aproveitaram o agravo regimental em embargos de divergência em embargos declaratórios em recurso extraordinário manejados pela União em abril de 1996 contra a decisão ora rescindênda. Com isso, subsistiu a determinação de recolhimento do Finsocial à alíquota de 0,5%, não obstante em jogo empresa exclusivamente prestadora de serviços.

Verifico que, em momento algum, o enquadramento da empresa ré foi questionado. Diante desse quadro, a conclusão a que chegou o acórdão rescindendo, de que às prestadoras de serviço é aplicável a declaração de inconstitucionalidade encerrada no RE n. 150.764, distancia-se de toda a sistemática estabelecida pelo Decreto-Lei n. 1.940/82, além de ser contrária à interpretação dada por esta Corte ao art. 56 do ADCT.

O artigo 1º do Decreto-Lei n. 1.940, de 25-5-1982, mesmo após as alterações posteriores, criou dois regimes jurídicos distintos, estabelecendo uma alíquota e uma base de cálculo para as empresas exclusivamente prestadoras de serviços (art. 1º, § 2º) e outra, diversa, aplicável às demais

empresas, tais como as vendedoras de mercadorias, as instituições financeiras e as sociedades seguradoras (art. 1º, § 1º). Por outro lado, como explicitado no julgamento do já mencionado RE n. 187.436, o Plenário desta Casa já asseverara que o disposto no art. 56 do ADCT não alcançou as empresas exclusivamente prestadoras de serviços (RE n. 150.755).

Assim, constatado o enquadramento da autora originária como empresa exclusivamente prestadora de serviços pelo acórdão rescindendo, entendendo ter este último destoado da orientação firmada no julgamento do RE n. 187.436, afrontando os arts. 195 da CF e 56 do ADCT, conforme a interpretação firmada nesse mesmo julgado.

5. Ante o exposto, julgo procedente o pedido para, rescindindo o acórdão impugnado, conhecer do recurso extraordinário interposto pela União para dar-lhe provimento nos termos ora relatados. Condene a ré ao pagamento das custas e dos honorários advocatícios, estes fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.

VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES — (Revisor): Como demonstrado no voto da Min. Relatora, o acórdão rescindendo, proferido em sede de recurso extraordinário interposto pela União e transitado em julgado em 12-8-1996, assegurou o recolhimento da contribuição para o Finsocial à alíquota de 0,5% (meio por cento), sem a incidência de majorações de alíquota posteriormente implementadas para empresas exclusivamente prestadoras de serviços, nos seguintes termos (fl. 92):

EMENTA

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. FINSOCIAL. LEI N. 7.689/88, ARTIGO 9º. D.L. N. 1.940/82. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 9º DA LEI N. 7.689/88. VIGÊNCIA DO D.L. N. 1.940/82, COM AS ALTERAÇÕES HAVIDAS ANTERIOR-

MENTE À CF/88, ATÉ A EDIÇÃO DA LEI COMPLEMENTAR N. 70, DE 1991.

I — O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do art. 9º da Lei n. 7.689, de 15-12-88, do art. 7º da Lei n. 7.787, de 30-6-89, do art. 1º da Lei n. 7.894, de 24-11-89 e do art. 1º da Lei n. 8.147, de 28-12-90, ficando esclarecido que o D.L. n. 1.940/82, com as alterações havidas anteriormente à CF/88, continuou em vigor até a edição da Lei Complementar n. 70/91. Quer dizer, até a edição da Lei Complementar n. 70/91, o Finsocial seria cobrado na forma do D.L. n. 1.940/82, com as alterações havidas anteriormente à CF/88.

II — RE n. 150.764-PE, Relator p/ acórdão Ministro Marco Aurélio, 'DJ' de 2-4-93.

III — R.E. conhecido e provido, em parte.

A autora propôs a presente ação rescisória em 13-8-1998 (fl. 2), com base no art. 485, V, do CPC, que possui a seguinte redação:

Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

[...]

V — violar literal disposição de lei.

Alega que tal acórdão violou o disposto nos artigos 1º da Lei n. 7.894/1989, 1º da Lei n. 8.147/1990, 7º da Lei n. 7.787/1989 e 195, I, da Constituição Federal, ao eximir as rés das majorações das alíquotas do Finsocial. Cita o precedente firmado no RE n. 187.436, rel. Marco Aurélio, Plenário, DJ 26-2-1999, que decidiu pela constitucionalidade das majorações de alíquota quanto às empresas exclusivamente prestadoras de serviços.

Pleiteia a rescisão do acórdão proferido no RE n. 169.621, no que tange à cobrança do Finsocial, de modo a ser-lhe negado conhecimento e provimento, confirmando-se acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que denegou *in totum* a segurança.

Na contestação (fls. 129-131), alega-se a ocorrência de decadência do prazo para a interposição da presente rescisória, quer pelo decurso do prazo superior ao biênio fixado em lei, quer pelo fato de o despacho citatório haver sido cumprido tardiamente. Não obstante, alega, ainda, o não cabimento da ação por afrontar o teor da Súmula 343/STF, ao se objetivar a simples rediscussão da matéria decidida, bem como a impossibilidade de rescisão de julgado declaratório de inconstitucionalidade.

O parecer da PGR (fls. 223-227) é pela procedência do pedido.

Em seu voto, a Min. Ellen Gracie (a) rejeita a hipótese de decadência, em razão da intimação da União ter se dado em 1º-7-1996 (fl. 104), do prazo decadencial ter tido início em 13-8-1996 e fim em 13-8-1998, data interposição da presente ação.

Afirma que os atos citatórios (fls. 195 e 199) encontram-se em desacordo com o estabelecido no art. 215 do CPC, porque efetuados em nome dos sócios sem poderes para representar a empresa ré, consoante se depreende do "item V" do contrato social juntado (fl. 46). Diante da impossibilidade dos citados representarem a ré na qualidade de parte, tem como postergado, nos termos do art. 214, § 1º, do CPC, os efeitos citatórios para a data de 10-5-1999, nos termos do art. 102, I, *j*, da Constituição Federal e do art. 259 do RI/STF, vez que o extravasamento do biênio deu-se por razões operacionais relativas à tramitação do processo dentro do próprio tribunal, não havendo falar-se em morosidade imputável à autora.

Ademais, (b) esta Corte já assentou o descabimento da incidência da Súmula 343/STF ("Não cabe ação rescisória por ofensa a literal dispositivo de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais") em casos de interpretação de matéria constitucional, consoante decidido no RE-AgR n. 328.812, de minha relatoria, 2ª Turma, DJ de 11- 4-2003.

Ademais, (c) entende que este Tribunal deve evitar a adoção de soluções divergentes, principalmente no tocante a matérias exaustivamente discutidas em Plenário, como a do presente feito. Caso contrário, comprometer-se-ia a segurança jurídica ao provocar nos jurisdicionados inaceitável dúvida acerca da adequada interpretação da matéria submetida à Corte, consoante entendimento sedimentado na AR n. 1.713, rel. Mina. Ellen Gracie, Plenário, DJ 19-12-2003.

Além disso, (d) no acórdão rescindendo foi decidido que, não obstante as empresas rés fossem exclusivamente prestadoras de serviços, faziam jus ao recolhimento da contribuição para o Finsocial à alíquota de 0,5%, ante a inconstitucionalidade das majorações de alíquota levadas a efeito pelas Leis n. 7.787/1989, 7.894/1989 e 8.147/1990, na linha do que decidido no RE n. 150.764, rel. Sepúlveda Pertence, Redator para o acórdão Marco Aurélio, Plenário, DJ 2-4-1993.

O entendimento do acórdão rescindendo reproduz a jurisprudência firmada no âmbito desta 2ª Turma até aquele momento. Todavia, em 28-4-1995, a 1ª Turma apreciou a questão referente ao Finsocial diferenciando os regimes das empresas comerciais e industriais das exclusivamente prestadoras de serviços, proclamando a constitucionalidade do art. 28 da Lei n. 7.738/1989, conforme o RE n. 181.857, rel. Ilmar Galvão, DJ 15-9-1995.

O dissenso entre as Turmas desta Corte a respeito da constitucionalidade do art. 28 da Lei n. 7.738/1989 somente foi dirimido no julgamento do RE n. 187.436, Rel. Marco Aurélio, Plenário, DJ 31-10-1997, quando ficou sedimentada a orientação segundo a qual as empresas exclusivamente prestadoras de serviços estão obrigadas ao recolhimento do Finsocial à alíquota de 2% até o advento da Lei Complementar n. 70/91, em razão da constitucionalidade, para tais empresas, das majorações de alíquotas

determinadas pelos arts. 7º da Lei n. 7.787/1989, 1º da Lei n. 7.894/1989 e 1º da Lei n. 8.147/1990.

Assim, (e) constatado o enquadramento das rés como empresas exclusivamente prestadoras de serviço, a Ministra entende que o acórdão rescindendo destoou da orientação firmada no julgamento do RE 187.436-RS, afrontando os arts. 195 da CF e 56 do ADCT.

Por fim, vota pela procedência da ação para rescindir o acórdão impugnado, conhecer do recurso extraordinário interposto pela União para dar-lhe provimento nos termos ora relatados, condenando as rés ao pagamento das custas e honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.

Verifico que o voto proferido pela Min. Ellen Gracie está em consonância com o entendimento desta Corte de que as empresas exclusivamente prestadoras de serviços estão submetidas à alíquota de 2% do Finsocial até o advento da Lei Complementar n. 70/91. Nesse sentido, cito os seguintes precedentes: RE-AgR n. 406.868, de minha relatoria, DJ 15-5-2006; e RE-AgR n. 275.144, rel. Cezar Peluso, DJ 5-11-2004, este último com a seguinte ementa:

EMENTA: 1. RECURSO. Extraordinário. Inadmissibilidade. Contribuição Social. Finsocial. Majoração de alíquotas. Constitucionalidade. Empresas prestadoras de serviços. Agravo regimental não provido. São constitucionais as majorações de alíquotas previstas no art. 7º da Lei n. 7.787/89, no art. 1º da Lei n. 7.894/89 e no art. 1º da Lei n. 8.147/90, com relação às empresas prestadoras de serviços.

2. RECURSO. Agravo. Regimental. Jurisprudência assentada sobre a matéria. Caráter meramente abusivo. Litigância de má-fé. Imposição de multa. Aplicação do art. 557, § 2º, cc. arts. 14, II e III, e 17, VII, do CPC. Quando abusiva a interposição de agravo, manifestamente inadmissível ou infundado, deve o Tribunal condenar o agravante a pagar multa ao agravado.

Ante o exposto, acompanho o voto da relatora.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO — Presidente, peço vênia para divergir.

À época, no âmbito do próprio Supremo, as decisões das Turmas eram no sentido das decisões rescindendas. Somente após, o tema veio a ser elucidado, com envergadura maior, no Plenário.

Por isso, peço vênia para julgar improcedentes os pleitos formulados, assentando não se poder falar de violência a literalidade de lei.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE E REVISOR) — Essa questão já foi resolvida, pelo menos por maioria. Trata-se da Súmula 383.

Essa questão da ação rescisória e matéria controvertida, resolvemos no sentido do precedente X.

O SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO: Aqui, a situação, como disse administra Ellen Grade, é realmente diferente.

Havia o seguinte: quando o Supremo decidia de acordo com a jurisprudência que estava assentada, há até uma referência do Ministro Sepúlveda Pertence sobre isso, não caberia a rescisória se houvesse a mudança da jurisprudência. Era essa a orientação, a que eu também me filiava.

Mas entendo que houve uma modificação da jurisprudência no sentido de que, nesses casos, seria possível, porque, de fato, estava estratificado que, quando o Supremo Tribunal Federal, ou o STJ ou o Tribunal de Justiça julgavam uma determinada ação de acordo com a jurisprudência da época, não caberia a ação rescisória se houvesse mudança de jurisprudência, porque geraria uma enorme insegurança jurídica.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE E REVISOR) — Tivemos, creio, um caso no Plenário, que veio da Segunda

Turma, no qual discutimos esse tema. Assentamos que, em matéria constitucional, a rigor, não se aplicava a súmula quanto à divergência.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO — O grande problema é que, no caso, não se verificou dissenso, consideradas as decisões de tribunais, mas se teve praticamente como pacificada a jurisprudência no próprio Supremo e deste são as decisões rescindendas.

Encontro muita dificuldade em conferir à rescisória contornos de incidente de uniformização da jurisprudência. No caso foi alegada violência a literalidade de lei.

VOTO

O SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO: Senhor Presidente, já há uma maioria, sete, formada. Fico vencido, acompanhando a Ministra Relatora nesta ação. Nas demais, ressalvo a minha posição e acompanho o Relator.

A revisão de apartes dos Senhores Ministros Gilmar Mendes (Presidente) e Eros Grau.

QUESTÃO DE ORDEM

O SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO: Senhor Presidente, deixe-me fazer uma pergunta a Vossa Excelência, só para adiantar, porque nós todos, imagino, temos várias ações desse tipo no gabinete. Considerando a quantidade de ações que estamos decidindo nessa matéria, com essa orientação, eu creio que podemos aplicar aquele princípio, e já o aplicamos, hoje, de facultar aos Relatores, se for o caso, o julgamento monocrático também da rescisória, nesse sentido. Só para indagar se aplicamos ou não.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE)
— Indago o Plenário sobre o assunto.

O SENHOR. MINISTRO EROS GRAU — Senhor Presidente, tenho uma ação rescisória exatamente igual a estas três.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE)
— O Ministro Menezes Direito está colocando uma questão de ordem: se, diante da fixação da jurisprudência, seria possível julgar a ação rescisória monocraticamente.

O SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO: Facultar a cada um, se achasse necessário.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO — Senhor Presidente, peço vênua para manter o entendimento que sustentei no início da sessão: caberá a cada qual decidir a matéria. Faço o registro apenas para que não transpareça que há determinação do Plenário no sentido de integrantes do Tribunal julgarem desta ou daquela maneira.

HABEAS CORPUS

***Habeas Corpus* n. 96.130-4 de Santa Catarina**

Relator: Min. Ricardo Lewandowski

Paciente: Valdecir Dorigon

Impetrante: Nelci Córdova

Coator: Relator do *HC* n. 98.849 do Superior Tribunal de Justiça

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. ALEGAÇÃO DE DEMORA NA REALIZAÇÃO DO JULGAMENTO DE MÉRITO DE *HABEAS CORPUS* NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. INOCORRENCIA. REGIME SEMI-ABERTO. TRABALHO EXTERNO EM EMPRESA PRIVADA. NECESSIDADE DE VIGILÂNCIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. INICIAL INSTRUÍDA DE MODO DEFICIENTE. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

I — Não restou caracterizado o alegado constrangimento ilegal em razão de demora injustificada em julgamento de *HC* impetrado no STJ, uma vez que os autos encontram-se conclusos ao relator.

II — O conhecimento do presente *writ* levaria a indevida supressão de instância, porquanto a matéria nele veiculada não foi, ainda, apreciada pela Corte *a quo*.

III — Ademais, a inicial não veio acompanhada da decisão do Juízo da Execução, o que impossibilita o exame de eventual ilegalidade autorizadora do julgamento *per saltam*.

IV — *Habeas corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Senhor Ministro Carlos Ayres Britto, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por decisão unânime, não conhecer do pedido de *habeas corpus* e determinar o encaminhamento de cópia da presente decisão ao Relator do HC n. 98.849/SC no Superior Tribunal de Justiça, para ciência e providências que entender cabíveis, nos termos do voto do Relator.

Ausente, justificadamente, o Ministro Menezes Direito.

Brasília, 17 de março de 2009.

Ricardo Lewandowski — Relator

RELATORIO

O Sr. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI: Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado por Nelci Córdova em favor de VALDECIR DORIGON, contra a demora no julgamento do HC n. 98.849/SC, distribuído ao Min. Arnaldo Esteves Lima, do Superior Tribunal de Justiça.

Narra o impetrante, em suma, que o paciente foi condenado à pena de 16 anos de reclusão, em regime fechado, por infração ao art. 213 do Código Penal (atentado violento ao pudor).

Aduz, mais, que, após ter cumprido 1/6 da pena, foi beneficiado com a progressão ao regime semi-aberto, sempre cumprindo "todas as determinações do Juízo da Execução da comarca de Concórdia/SC" (fl. 2).

Afirma, ainda, que o paciente sai todos os dias, inclusive aos sábados e domingos, para trabalhar no batalhão da polícia militar como cozinheiro, desempenhando com dedicação sua tarefa.

Alega, também, que pleiteou, junto à Vara de Execução Penal, a possibilidade de executar trabalho externo, ocasião em que anexou proposta de trabalho de empresa idônea e declaração do comandante do batalhão da polícia militar que atesta sua boa conduta na corporação.

Aduz que a sentença indeferiu seu pedido, pois o juízo entendeu que tal benefício "daria margem a que todos os presos que estejam em regime semi-aberto, desde que apresentem bom comportamento, possam trabalhar externamente" (fl. 3).

Afirma que, após interpor agravo ao TJ de Santa Catarina, que lhe negou provimento, impetrou o *HC* 98.849 junto ao STJ, sem, contudo, obter qualquer resposta até a presente data.

Sustenta, em síntese, que sofre constrangimento ilegal em razão da aludida demora, a seu ver, injustificada, no tocante à análise do writ impetrado naquela Corte Superior.

Quanto ao mérito, argumenta no sentido da possibilidade prestar trabalho externo em empresas privadas, sem que tal benefício caracterize uma equiparação ao regime aberto.

Ao final, requer o deferimento da liminar e, no aspecto substantivo, a concessão definitiva da ordem para que o paciente possa desenvolver trabalho externo "em caráter provisório até que o Superior Tribunal se manifeste a respeito", bem como para que se determine ao STJ que julgue o *HC* objeto da presente impetração (fl. 5).

Às fls. 12-13, indeferi a liminar.

O parecer do Ministério Público Federal, de lavra do Subprocurador-Geral da República Cláudia Sampaio Marques, é pelo não conhecimento e, no mérito, pela denegação da ordem (fls. 64-67).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI (Relator): bem examinados os autos, tenho que é caso de não-conhecimento da ordem.

No caso em espécie, o paciente insurge-se contra suposta demora em julgamento de *writ* impetrado perante o Superior Tribunal de Justiça.

Em consulta ao sítio eletrônico daquele Tribunal, verifico que a impetração foi distribuído ao Ministro Arnaldo Esteves Lima, da Quinta Turma, em 18-1-2008, sem pedido de liminar, e que, atualmente, os autos encontram-se conclusos ao Relator.

Em que pesem as alegações de constrangimento ilegal em face da demora tida como injustificada, entendo que não assiste razão ao impetrante, uma vez que o feito prossegue em seus trâmites normais, devendo, ao que se supõe, ser levado a julgamento em breve.

Assento, ademais, que o conhecimento do presente *habeas* levaria a indevida supressão de instância, porquanto a matéria nele veiculada não foi ainda apreciada pela Corte *a quo*.

Ainda que superado tal óbice, verifico que ainda existe outro motivo para que pleito não seja conhecido. É que a inicial não veio instruída com documentos comprobatórios das alegações, o que impossibilita que se constate eventual ilegalidade que jultifique o julgamento *per saltum*.

Conforme bem apontado pelo *Parquet*, sem que se tenha, em anexo, cópia da decisão do Juízo das Execuções que indeferiu o pedido, não se mostra possível averiguar os reais motivos que lhe deram sustentação.

Ante o exposto, não conheço da presente impetração, encaminhando-se cópia da presente decisão ao Relator do HC 98.849/SC no STJ, para ciência e providências que entender cabíveis.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO — Presidente, quanto à matéria de fundo, há de se aguardar o crivo do Superior Tribunal de Justiça e, mesmo que estvéssemos diante de indeferimento de medida acauteladora, não estaria presente a excepcionalidade capaz de ditar a ultrapassagem do Verbete n. 691 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, obstáculo ao conhecimento do *habeas corpus*.

No tocante à segunda parte, vem-se adotando na Turma, porque preconizado pelo nosso Embaixador maior junto ao Superior Tribunal de Justiça, o Ministro Menezes Direito, a comunicação telefônica com o Colega para que dê prioridade ao julgamento. Mas Sua Excelência o relator apontou bem que não é o caso. Aqui se tem tramitação regular, ocorrida a distribuição por prevenção.

Foi em janeiro de 2008?

O SR. MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) — Realmente, os autos estão conclusos. Certamente, foram para a Procuradoria da República, voltaram. Claro que há uma demora, mas a demora que, infelizmente, todos nós enfrentamos.

Optei por esse método de mandar uma cópia.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO — Vou acompanhar Sua Excelência o relator, indeferindo, nessa segunda parte, a ordem, porque precisamos perceber — e a situação não dita urgência maior — a quadra vivida pelo Judiciário. É sumamente impossível dar-se conta do grande número de processos distribuídos a cada integrante de tribunal. Há, portanto, uma demora e vão-se estabelecendo preferências; vão-se apagando incêndios aqui e ali, atendendo a essas preferências. No caso concreto, o período mostra-se razoável, mesmo porque não indicada, com precisão, a data em que o processo teria sido concluso para confecção de relatório e voto pelo relator.

De qualquer forma, providência adotada por Sua Excelência o Ministro Ricardo Lewandowski viabilizará, se for o caso, o julgamento, em espaço de tempo mais curto, da impetração pelo Superior Tribunal de Justiça, equivalendo, portanto, ao contato informal, via telefone, com nosso Colega, que compreendemos estar também sobrecarregado.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Recurso Extraordinário 573.675-0 Santa Catarina

Relator: Min. Ricardo Lewandowski

Recorrente: Ministério Público do Estado de Santa Catarina

Recorrido: Município de São José

Advogado: Dr. William Ramos Moreira

Interessado: Município de Belo Horizonte

Advogada: Dra. Carolina Cardoso Guimarães Lisboa

EMENTA

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. RE INTERPOSTO CONTRA DECISÃO PROFERIDA EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE ESTADUAL. CONTRIBUIÇÃO PARA O CUSTEIO DO SERVIÇO DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA — COSIP. ART. 149-A DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. LEI COMPLEMENTAR N. 7/2002, DO MUNICÍPIO DE SÃO JOSÉ, SANTA CATARINA. COBRANÇA REALIZADA NA FATURA DE ENERGIA ELÉTRICA. UNIVERSO DE CONTRIBUINTES QUE NÃO COINCIDE COM O DE BENEFICIÁRIOS DO SERVIÇO. BASE DE CÁLCULO QUE LEVA EM CONSIDERAÇÃO O CUSTO DA ILUMINAÇÃO PÚBLICA E O CONSUMO DE ENERGIA. PROGRESSIVIDADE DA ALÍQUOTA QUE EXPRESSA O RATEIO DAS DESPESAS INCORRIDAS PELO MUNICÍPIO. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA. INOCORRÊNCIA. EXAÇÃO QUE RESPEITA OS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. RECURSO EXTRAORDINÁRIO IMPROVIDO.

I — Lei que restringe os contribuintes da Cosip aos consumidores de energia elétrica do município não ofende o princípio da isonomia, ante a impossibilidade de se identificar e tributar todos os beneficiários do serviço de iluminação pública.

II — A progressividade da alíquota, que resulta do rateio do custo da iluminação pública entre os consumidores de energia elétrica, não afronta o princípio da capacidade contributiva.

III — Tributo de caráter *sui generis*, que não se confunde com um imposto, porque sua receita se destina a finalidade específica, nem com uma taxa, por não exigir a contraprestação individualizada de um serviço ao contribuinte.

IV — Exação que, ademais, se amolda aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

V — Recurso extraordinário conhecido e improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria e nos termos do voto do Relator, conhecer e desprover o recurso extraordinário, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio, que o conhecia e provia, declarando incidentalmente a inconstitucionalidade da norma. Votou o Presidente, Ministro Gilmar Mendes. Ausentes, justificadamente, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa e, neste julgamento, a Senhora Ministra Ellen Gracie.

Brasília, 25 de março de 2009.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI: — Trata-se de recurso extraordinário interposto pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça daquele Estado que, em ação direta de inconstitucionalidade, julgou improcedente o pedido.

A ADI estadual foi proposta contra a Lei Complementar n. 7, de 30 de dezembro de 2002, editada pelo município de São José, Estado de Santa Catarina, que instituiu a Contribuição para o Custeio dos Serviços de Iluminação Pública — Cosip.

Eis o teor do diploma legal impugnado:

"Art. 1º — Fica instituída, nos termos do art. 149-A da Constituição Federal de 1988, a Contribuição para Custeio de Serviço de Iluminação Pública — Cosip, devida pelos consumidores residenciais e não residenciais de energia elétrica, destinada ao custeio do serviço de iluminação pública.

§ 1º — Considera-se serviço de iluminação pública aquele destinado a iluminar vias e logradouros, bem como quaisquer outros bens públicos de uso comum, assim como de atividades acessórias de instalação, manutenção e expansão da respectiva rede de iluminação, inclusive a realização de eventos públicos.

§ 2º — São contribuintes da Cosip os consumidores situados tanto na área urbana como na área rural.

Art. 2º — A contribuição de que trata o artigo anterior corresponderá ao custo mensal do serviço de iluminação pública, rateado entre os contribuintes, de acordo com os níveis individuais de consumo mensal de energia elétrica, conforme as tabelas a seguir:

I — CONSUMIDOR RESIDENCIAL

FAIXA DE CONSUMO (%) Percentual sobre a TARIFA de I.P./Mês

0 a 30 KWh Isento

31 a 50 KWh 0,8

51 a 100 KWh 2,0

101 a 200 KWh 3,0

201 a 500 KWh 5,0

501 a 1000 KWh 12,0

1001 a 1500 KWh 20,0

Acima de 1500 KWh 25,0

II — CONSUMIDORES COMÉRCIO, INDÚSTRIA E EMPR. SERVIÇOS PÚBLICOS

FAIXA DE CONSUMO (%) Percentual sobre a TARIFA de I.P./
Mês

0 a 30 KWh 3,0

31 a 50 KWh 6,0

51 a 100 KWh 9,5

101 a 200 KWh 12,0

201 a 500 KWh 16,0

501 a 1000 KWh 22,0

Acima de 1001 KWh 30,0

III — CONSUMIDORES PODER PÚBLICO

FAIXA DE CONSUMO (%) Percentual sobre a TARIFA de I.P./
Mês

31 a 100 KWh 50,0

101 a 200 KWh 50,0

201 a 500 KWh 50,0

Acima de 1001 KWh 50,0

IV — CONSUMIDORES PRIMÁRIOS

FAIXA DE CONSUMO (%) Percentual sobre a TARIFA de I.P./
Mês

0 a 2000 KWh 56,0

2001 a 5000 KWh 112,0

5001 a 10000 KWh 150,04

10001 a 50001 KWh 186,0

Acima de 50001 KWh 223,0

§ 1º — Os percentuais das tabelas acima serão aplicados sobre o valor de Tarifa de Iluminação Pública, em R\$/MWh.

§ 2º — O valor da Contribuição, estabelecido na forma deste artigo, será apurado e cobrado, mensalmente, por meio de nota fiscal fatura, emitida pela concessionária responsável pelo serviço de energia elétrica.

§ 3º — O Poder Público Municipal estará isento do recolhimento da Cosip, quando se tratar de prédio de uso próprio.

Art. 3º — O Valor da contribuição de que trata esta Lei Complementar será reajustado, na mesma ocasião e percentual aplicado às tarifas de fornecimento de energia elétrica, definido pela Centrais Elétricas de Santa Catarina S. A. — Celesc.

Art. 4º — Fica o Poder Executivo autorizado a celebrar convênio com a Centrais Elétricas de Santa Catarina S. A. — Celesc, para operacionalizar a apuração e cobrança da contribuição de que trata esta Lei Complementar, bem como a respectiva prestação de serviços de iluminação pública de interesse do Município.

§ 1º — A Centrais Elétricas de Santa Catarina S. A. — Celesc deverá contabilizar mensalmente, o produto de arrecadação da Cosip, em conta própria, e fornecerá, à Secretaria Municipal de Finanças, até o dia 15 do mês subsequente ao do recolhimento, o demonstrativo de arrecadação.

§ 2º — O saldo verificado no balanço da contabilidade da Cosip deverá ser aplicado pela Centrais Elétricas de Santa Catarina S.A. — Celesc, em serviços, de acordo com a programação e autorização da Prefeitura Municipal de São José.

Art. 5º — Compete à Secretaria de Finanças a administração e fiscalização da contribuição de que trata esta Lei Complementar.

Art. 6º — A Prefeitura Municipal de São José poderá aplicar os recursos arrecadados pela Cosip em eventos e atividades de caráter público.

Art. 7º — Esta Lei Complementar entra em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário, produzindo efeitos a partir de 1º-1-2003".

A Lei Complementar n. 11/2003 alterou os arts. 4º e 6º da LC n. 7/02, nos seguintes termos:

"Art. 1º Os artigos 4º e 6º da Lei Complementar n. 7 de 30 de dezembro de 2002 passam a vigorar com a seguinte redação:

'Art. 4º — Fica o Poder Executivo autorizado a celebrar convênio com a Centrais Elétricas de Santa Catarina — Celesc, para operacionalizar a apuração e cobrança de que trata esta Lei Complementar, podendo também realizar prestação de serviços de iluminação pública do interesse do Município.

§ 1º — A Centrais Elétricas de Santa Catarina S. A. — Celesc, quando responsável pela cobrança e recolhimento da contribuição, deverá transferir o montante arrecadado para a conta do Tesouro Municipal especialmente designada para tal fim, no prazo de até o quinto dia útil do mês subsequente ao do recolhimento, sob pena de responder civil e criminalmente pelo não cumprimento do aqui disposto.

§ 2º — A concessionária deverá manter cadastro atualizado dos contribuintes que deixarem de efetuar o recolhimento da Contribuição, fornecendo os dados constantes naquele para a autoridade administrativa competente pela administração da Contribuição.

Art. 6º — O Executivo Municipal fica autorizado a constituir Fundo de Iluminação Pública — Fundip — e Comissão de Administração e Fiscalização do Fundip, para fiscalizar e administrar os recursos provenientes da contribuição, vinculado ao custeio do serviço de iluminação pública, tal como definido no artigo 1º desta Lei, conforme regulamento a ser expedido pelo Poder Executivo no prazo de 30 (trinta) dias.

§ 1º — O Poder Executivo fica obrigado a encaminhar à Câmara Municipal de São José programa de gastos e investimentos, balancete anual do Fundo de Iluminação Pública — Fundip a ser criado para custear a iluminação pública.

§ 2º — A Prefeitura Municipal de São José poderá aplicar os recursos arrecadados pela Cosip em eventos e atividades de interesse público.

§ 3º — As eventuais despesas decorrentes da implantação desta lei correrão por conta das dotações orçamentárias, suplementadas se necessário'.

Art. 2º — Revogando-se disposições em contrário, permanecendo inalteradas as demais.

Art. 3º — Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Consta do acórdão recorrido que o MP local, na referida ação, sustentou-se que

"por ser a hipótese de incidência do tributo o consumo de energia elétrica, restringindo, assim, o sujeito passivo da obrigação aos respectivos consumidores, há violação ao princípio da igualdade tributária, porquanto os beneficiários do serviço de iluminação pública não são apenas aqueles; a distinção entre os contribuintes residenciais e os não residenciais importa em ofensa ao princípio da isonomia ante a ausência de razão plausível para diferenciação na distribuição do ônus do pagamento, pois o serviço é prestado indistintamente a todos os cidadãos".

E ainda:

"o fato de um contribuinte consumir mais ou menos energia elétrica não significa que ele será mais ou menos beneficiado pela iluminação pública, não há nenhuma relação entre o que a lei chama de 'níveis individuais de consumo mensal de energia elétrica' com o custo de serviço de iluminação pública".

A Corte *a quo*, contudo, reportando-se a vários precedentes seus sobre a matéria, concluiu que a LC n. 7/2002 não padece do vício apontado pelo *Parquet* local, porquanto foi editada em consonância com o art. 149-A da Carta Magna, acrescentado pela Emenda Constitucional n. 39/2002, que exige apenas que a contribuição em tela se amolde aos incs. I e III do art. 150 da Carta Magna, sem fazer alusão ao inc. II do mesmo dispositivo, o qual abriga o princípio da isonomia tributária.

Neste RE, interposto com fundamento no art. 102, III, *a*, da Constituição, o recorrente alega ofensa aos arts. 149-A e 150, II, da mesma Carta Política.

Sustenta, em suma, que o princípio da isonomia tributária deve ser observado mesmo que o art. 149-A não tenha feito menção expressa ao inciso II do art. 150. Isso porque as limitações constitucionais ao poder de tributar, expressas nos arts. 150 a 152 da Lei Maior, "reclamam observância pelas leis dos respectivos entes políticos dotados de competência para a instituição de cada um dos tributos".

O recorrente insiste na inconstitucionalidade da LC n. 7/2002, do Município de São José, por ofensa ao princípio da isonomia "primeiramente, por não abarcar como contribuintes todos os efetivos beneficiários do serviço custeado pelo tributo e, em segundo lugar, por discriminar os contribuintes indicados pela norma impositiva sem que se tenha um critério preciso de medida de capacidade contributiva que meça o quantum devido por cada um dos sujeitos passivos, não sendo autorizado, portanto, o discrimine efetuado pela malfadada lei complementar".

Com relação ao critério de cobrança da COSIP adotado pelo legislador municipal, o recorrente aduz que "a base de cálculo, por ser própria do ICMS, deve revelar certa capacidade contributiva do sujeito passivo, fato que autoriza a aplicação de subprincípios como o da proporcionalidade, progressividade e da seletividade, com tendência à realização da isonomia. Porém, recorde-se que o pressuposto da instituição da contribuição é o custeio de serviço de iluminação pública, *uti universi*, o que significa dizer que não há critério seguro de discriminação para se conferir a determinado contribuinte uma carga tributária maior simplesmente porque consome mais energia elétrica. A base de cálculo deve guardar relação com o fato gerador, e o consumo de energia elétrica não é fato gerador da COSIP, logo

o critério de diferenciação entre contribuintes embasado no consumo de energia elétrica é inconstitucional por ferimento à isonomia tributária".

Alega, ainda, que a progressividade das alíquotas previstas na citada Lei Complementar também afronta o princípio da isonomia tributária, visto que "não há diferenciação na situação dos contribuintes que enseje a razoável discriminação da regra impositiva".

Em contrarrazões, o município de São José, em síntese, defendeu a constitucionalidade do diploma legal atacado, afirmando que não se registrou a alegada violação ao princípio da isonomia tributária.

Diz o recorrido, em resumo, que a Cosip não se confunde com a extinta Taxa de Iluminação Pública — TIP, considerada inconstitucional pelos tribunais, à falta de previsão no texto magno. Acrescenta que a contribuição atacada neste recurso não apenas encontra expressa previsão constitucional, como pode ser cobrada, a teor do que dispõe o parágrafo único do art. 149-A da Constituição Federal, na fatura de consumo de energia elétrica.

Assenta, ainda, que a Cosip não configura um imposto nem uma taxa, cuidando-se de uma contribuição especial cuja base de cálculo não se confunde com a do ICMS. Isso porque ela não incide sobre o consumo da energia elétrica, mas corresponde ao "rateio do custo de iluminação pública municipal entre os contribuintes".

Afirma, finalmente, que "nada impede que o Município distribua desigualmente esse rateio da Cosip, segundo a maior ou menor capacidade contributiva indicada pelo maior ou menor consumo de energia elétrica, com total respeito aos princípios da isonomia geral e da isonomia tributária".

Esta Corte, em decisão publicada no DJE de 11-4-2008, reconheceu a repercussão geral da questão constitucional ora discutida.

O Ministério Público Federal, em parecer de lavra do Subprocurador-Geral da República Francisco Adalberto Nóbrega, opinou pelo conhecimento e o desprovimento do recurso (fls. 198-202).

É o relatório.

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

O SR. MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) — Senhor Presidente, cumprimento o Advogado, mas tenho a impressão que Sua Excelência cometeu um ato falho, porque, na verdade, não se trata da taxa de iluminação pública, que Sua Excelência quer ver confirmada por esta Corte, mas sim daquela exação que a substituiu e está sendo adotada por um grande número de Municípios neste nosso Brasil, que é exatamente a contribuição para o custeio dos serviços de iluminação pública, que no município de São José, em Santa Catarina, assumiu este nome de Cosip.

(Obs.: Texto sem revisão do Exmo. Sr. Ministro Ricardo Lewandowski. (§ 3^a do artigo 96 do RISTF, com a redação dada pela Emenda Regimental n. 26, de 22 de outubro de 2008).

VOTO

O Sr. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI (Relator):

I — Cabimento do Recurso Extraordinário

Inicialmente, manifesto-me pelo conhecimento do presente recurso extraordinário, interposto contra acórdão proferido em ação direta de inconstitucionalidade em face de lei municipal que teria violado dispositivos da Constituição estadual, notadamente aquele que abriga o princípio da isonomia.

Na linha de remansosa jurisprudência desta Corte¹, assento que é cabível o ajuizamento de ADI estadual que tem como parâmetro de controle preceito da Constituição do ente federado que veicula norma de reprodução obrigatória constante da Carta Magna, admitindo-se recurso extraordinário contra a decisão proferida pelo respectivo Tribunal de Justiça.

De resto, verifico que os dispositivos da Constituição Federal tidos por violados foram devidamente prequestionados, bem assim observados os demais pressupostos de admissibilidade do RE.

II — Natureza e tipologia da contribuição

A doutrina é praticamente unânime quanto à natureza tributária da exação em comento, intitulada "contribuição" pelo constituinte derivado. Isso porque, além de ter sido o art. 149-A inserido no capítulo da Constituição Federal referente ao Sistema Tributário Nacional, o dispositivo estabelece que os Municípios e o Distrito Federal ao instituí-la, devem observar o disposto nos incs. I e III do art. 150.

Os estudiosos assentam, ainda, que ela se amolda a todos os elementos contidos no conceito de tributo estabelecido pelo art. 3º do Código Tributário Nacional, embora haja discordância entre eles quanto à espécie a que pertence.

Marco Aurélio Greco, por exemplo, observa que

"as exações cujos contornos mais nitidamente se definiram no âmbito do Estado de Direito foram os impostos e as taxas. Como tal, os mecanismos de proteção e controle sobre a sua instituição apoiaram-se numa visão causalista de mundo (a denominada teoria do fato 'gerador') própria do Estado de Direito e que prestigia os meios definidos (só os fatos legalmente qualificados).

1 (Rcl n. 383/SP e Rcl n. 358/SP, rel. Min. Moreira Alves; ADI-QO n. 1.529/MT, rel. Min. Octavio Gallotti; RE n. 161.390/AL, rel. Min. Sepúlveda Pertence; Rcl n. 3.853/MG, rel. Min. Gilmar Mendes, dentre outros).

Por outro lado, a assunção pelo Estado de um papel intervencionista, nitidamente identificado neste Século XX, fez surgir a figura das 'contribuições', cuja preocupação não é tanto com as causas (fatos geradores), mas predominantemente com as finalidades buscadas (de caráter social, de intervenção no domínio econômico etc.) próprias do Estado Social².

Por essa razão, o referido especialista critica parte da doutrina que pretende enquadrar as contribuições nas figuras clássicas correspondentes aos impostos e às taxas, "como se tudo só pudesse pertencer a uma dessas categorias, formuladas a partir dos respectivos 'fatos geradores' (meios)"³. Para Greco, é preciso buscar o perfil específico das contribuições para que se possa elaborar um modelo teórico consentâneo com os seus fins.

O saudoso Geraldo Ataliba, de seu turno, classifica os tributos segundo as hipóteses de incidência legalmente estabelecidas, assentando com relação às contribuições que

"Nenhum tributo, até agora, designado contribuição, no Brasil — salvo a de melhoria — é contribuição verdadeira, no rigoroso significado do conceito, que se centra na materialidade da h.i."⁴.

Ao diferenciar taxa de contribuição, ensina o citado mestre que a hipótese de incidência da primeira corresponde a uma atuação estatal diretamente referida ao obrigado, ou seja, ao sujeito passivo. Na segunda, a hipótese de incidência refere-se a uma atuação estatal apenas indiretamente ligada ao contribuinte. Assim, nas contribuições

"não basta a atuação estatal. Só há contribuição quando, entre a atuação estatal e o obrigado, a lei coloca um termo intermediário, que estabelece a referibilidade entre a própria atuação e o obrigado. Daí o distinguir-se a taxa da contribuição pelo caráter (direto ou indireto) da referibilidade entre a atuação e o obrigado"⁵.

2 GRECO, Marco Aurélio. *Contribuições: (uma figura "sui generis")*. São Paulo: Dialética, 2000. p.101.

3 Idem, p. 101.

4 ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. 6. ed. 8 tiragem. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 182.

5 ATALIBA, Geraldo. Op. cit., p. 147.

Ives Gandra da Silva Martins, por sua vez, sustenta que a natureza de um tributo é dada por seu perfil e não por sua denominação. Em razão disso, apesar de reconhecer a deficiência conceitual da exação estabelecida no art. 149-A, define-a como taxa, por tratar-se de uma contraprestação a um serviço público⁶.

De outro lado, existem especialistas que entendem que a contribuição em comento configura um imposto. Roque Antônio Carrazza é um deles, por considerar que se cuida de tributo não vinculado a uma atuação estatal

"já que tem por materialidade o fato de uma pessoa, física ou jurídica, estar fixada no local (Município ou Distrito Federal) onde é prestado o serviço de iluminação pública"⁷.

Kiyoshi Harada, igualmente, afirma cuidar-se de um imposto, pois

"para caracterização da contribuição social ou da taxa de serviços, não basta a destinação específica do produto da arrecadação do tributo. É preciso que se defina o beneficiário específico desse tributo, que passará a ser o seu contribuinte. Se a comunidade inteira for a beneficiária, como no caso em estudo, estar-se-á diante de imposto, e não de contribuição"⁸.

Márcio Maia de Britto, de outra parte, afirma que a contribuição de iluminação pública apresenta as características que são próprias das contribuições de intervenção no domínio econômico. Lembra que a prestação do serviço de iluminação pública vinha sendo custeada pelos Municípios, de forma precária, com a receita advinda da arrecadação de impostos, dada a inexistência de permissivo constitucional específico, em-

6 MARTINS, Ives Gandra da Silva. *A contribuição para a iluminação pública*. In *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 90, São Paulo: Dialética, 2003. p. 62-70.

7 CARRAZZA, Roque Antonio. Op. cit., p. 603-607. O entendimento de Carrazza é acompanhado por TROMBINI JÚNIOR, Nelson. *As Espécies Tributárias na Constituição Federal de 1988*. São Paulo: MP Editora, 2006. p. 170-183.

8 HARADA, Kiyoshi. Contribuição para Custeio da Iluminação Pública. In *Repertório IOB de Jurisprudência: Tributário e Constitucional*, n. 6, p. 218-215.

bora caracterizasse uma interferência no domínio econômico de outrem, no caso do setor elétrico⁹.

Por fim, há autores que pensam tratar-se de uma contribuição *sui generis*, tendo em conta a sua finalidade específica. Esse é o entendimento de Paulo Roberto Lyrio Pimenta, que classifica a exação em tela como uma quarta espécie de contribuição especial, ao lado das contribuições sociais, interventivas e corporativas¹⁰. Hugo Thamir Rodrigues também é da mesma opinião¹¹.

Feitas essas considerações de cunho doutrinário, trago à baila a conhecida tipologia tributária elaborada pelo Ministro Carlos Velloso em voto que proferiu na ADI 447, relator o Ministro Octavio Gallotti:

“As diversas espécies tributárias, determinadas pela hipótese de incidência ou pelo fato gerador da respectiva obrigação (CTN, art. 4º), são a) os impostos (C.F., art. 145, I, arts. 153, 154, 155 e 156), b) as taxas (C.F., art. 145, II), c) as contribuições, que são c.1) de melhoria (C.F., art. 145, III), c.2) sociais (C.F., art. 194), que, por sua vez, podem ser c.2.1) de seguridade social (C.F., art. 195, C.F., 195, § 4e) e c.2.2) salário educação (C.F., art. 212, § 5º) e c. 3) especiais: c. 3.1) de intervenção no domínio econômico (C.F., art. 149) e c.3.2) de interesse de categorias profissionais ou econômicas (C.F., art. 149). Constituem, ainda, espécie tributária, d) os empréstimos compulsórios (C.F., art. 148)”.

Ora, partindo-se do pressuposto de que a contribuição para o custeio de iluminação pública configura um tributo, mas consideradas as suas especificidades, forçoso é convir que ela não se enquadra em qualquer das espécies tributárias enunciadas no voto do Ministro Carlos Velloso.

9 TROMBINI JÚNIOR, Nélon. Op. cit., p. 172-174.

10 PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. Contribuição para o custeio do serviço de iluminação pública. In *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 95, São Paulo: Dialética, 2003. p. 101-108. Do mesmo autor, Controle jurisdicional sobre receitas das contribuições especiais. In *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 95, São Paulo: Dialética, 2003. p. 53-54.

11 REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta (orgs.). *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*, t. 6. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2006. p. 1.677-1.702.

É bem verdade que a aludida contribuição guarda alguma semelhança com os impostos. No entanto, ela não se identifica com esta espécie tributária, por força do disposto no art. 167, IV, da Constituição Federal, que veda a vinculação da receita de impostos a qualquer órgão, fundo ou despesa, exceto nos casos expressamente previstos no próprio texto magno.

E, embora apresente certa afinidade com as taxas, com elas não se confunde, eis que decorrem, a teor do art. 145, II, da Constituição Federal, do exercício do poder de polícia ou da utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição.

É que a exação prevista no art. 149-A configura uma atividade estatal *uti universi*, e não *uti singuli*, que dá ensejo à cobrança das taxas, exatamente por ser prestada em unidades autônomas de utilização e, por isso mesmo, quantificáveis em relação a cada contribuinte.

A meu ver, a Cosip constitui um novo tipo de contribuição, que refoge aos padrões estabelecidos nos arts. 149 e 195 da Constituição Federal. Cuida-se, com efeito, de uma exação subordinada a disciplina própria, qual seja, a do art. 149-A da CF, sujeita, contudo, aos princípios constitucionais tributários, visto enquadrar-se inequivocamente no gênero tributo.

De fato, como ela ostenta características comuns a várias espécies de tributos, não há como deixar de reconhecer que os princípios aos quais estes estão submetidos também se aplicam, *modus in rebus*, à contribuição para o custeio de iluminação pública.

III — Princípios tributários aplicáveis

Não obstante o art. 149-A da Carta Magna faça menção apenas aos incs. I e III do art. 150, penso que o legislador infraconstitucional, ao instituir a contribuição sob exame, considerada a natureza tributária da exação,

está jungido aos princípios gerais que regem o gênero, notadamente ao da isonomia (art. 150, II) e ao da capacidade contributiva (art. 145, § 1º).

A melhor doutrina encampa tal entendimento. Leandro Paulsen, *verbi gratia*, ao discorrer sobre o *caput* do art. 149, que autoriza a União a instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas¹², assim se pronuncia sobre as limitações constitucionais ao poder de tributar, estendendo suas ponderações à contribuição de iluminação pública:

"De pronto, faz-se necessário tornar fora de dúvida que a remissão feita ao art. 150, I e III, da CF não dispensa a observância dos incisos II, IV e V, que tratam da isonomia tributária, da vedação do confisco e da proibição de tributo interestadual ou intermunicipal que implique limitação ao tráfego de pessoas ou bens. A isonomia tributária constitui princípio decorrente do princípio geral da isonomia, aplicado à matéria tributária. A vedação do confisco, por sua vez, impede que as ingerências tributárias venham a comprometer o direito de propriedade e do livre exercício de profissão e de atividade econômica que implicam, por óbvio, o direito à manutenção da propriedade e aos frutos da atividade profissional e econômica, sujeitas apenas à tributação que seja razoável, suportável, não excessivamente onerosa [...]"¹³.

Roque Antônio Carrazza¹⁴, Paulo Roberto Lyrio Pimenta¹⁵, Luiz Fernando Maia¹⁶ e Hugo Thamir Rodrigues¹⁷ não divergem dessa opinião.

E não poderia ser diferente, tendo em vista a natureza tributária da contribuição de iluminação pública. Ademais, algumas dessas limitações constitucionais ao poder de tributar constituem cláusulas pétreas, por se inserirem no contexto dos direitos e garantias individuais, em especial no que toca aos princípios da igualdade tributária e da vedação ao confisco.

12 Desde que observe o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, da CF.

13 PAULSEN, Leandro. *Direito Tributário*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 150.

14 CARRAZZA, Roque Antônio. *Op. cit.*, p. 604.

15 PIMENTA, Paulo Roberto Lyra. *Op. cit.*, p. 104.

16 MAIA, Luiz Fernando. *Op. cit.*, p. 59.

17 RODRIGUES, Hugo Thamir. *Op. cit.*, p. 1.684-1.688.

No mais, a despeito de o art. 145, § 1º, da Constituição Federal, que alude à capacidade contributiva, fazer referência apenas aos impostos, não há negar que ele consubstancia uma limitação ao poder de imposição fiscal que informa todo o sistema tributário.

É certo, contudo, que o princípio da capacidade contributiva não é aplicável, em sua inteireza, a todos os tributos. É o que entende o citado Marco Aurélio Greco:

"Ao dizer que ela aplica-se aos impostos, está a Constituição prevendo que este é um elemento essencial (embora sujeito à cláusula do 'sempre que possível'), enquanto, nos demais tipos de exigência, ela não surtirá , sempre, e em todas as hipóteses, como elemento constitucionalmente indicado, embora possa surgir no âmbito legal e em algumas situações em que há previsão constitucional expressa..."¹⁸.

Como se sabe, existe certa dificuldade em aplicá-lo, por exemplo, às taxas, que pressupõem uma contraprestação direta em relação ao sujeito passivo da obrigação. Na hipótese das contribuições, todavia, o princípio em tela, como regra, encontra guarida, como ocorre no caso das contribuições sociais previstas no art. 195, I, *b* e *c*, devidas pelo empregador.

Com relação ao princípio da isonomia, vale lembrar que este foi, dentre outros, o fundamento utilizado por esta Suprema Corte para dar parcial provimento à ADI 3.105, Relator para o acórdão o Ministro Cezar Peluso, na qual se debateu a constitucionalidade da contribuição previdenciária cobrada dos servidores públicos inativos.

IV — A determinação dos contribuintes da Cosip

O art. 1º da LC n. 7/2002 elegeu como contribuintes da Cosip os consumidores residenciais e não residenciais de energia elétrica (*caput*), situados tanto na área urbana como na área rural (§ 2º) do município de São José.

18 GRECO, Marco Aurélio. Op. cit., p. 185.

Para o Ministério Público do Estado de Santa Catarina, ora recorrente, a ofensa ao princípio da isonomia reside, precisamente, no fato de o citado diploma legal não ter incluído no rol de contribuintes da Cosip todos aqueles que efetivamente se beneficiam do serviço de iluminação pública, que é de caráter geral e indivisível.

Com a devida vênia, porém, creio que, uma vez admitida a constitucionalidade do art. 149-A (mesmo porque jamais foi contestado nesta Suprema Corte), o qual previu a possibilidade de cobrança da contribuição para o custeio de iluminação pública na própria fatura de energia elétrica, o princípio da isonomia, em razão das particularidades da exação em tela, há de ser aplicado com o devido temperamento.

Entendo, ainda, que, respeitados os demais princípios tributários e os critérios de razoabilidade e proporcionalidade, nada há de inconstitucional em identificarem-se os sujeitos passivos da obrigação em função de seu consumo de energia elétrica.

Esta foi, aliás, a intenção do constituinte derivado ao criar o novo tributo, conforme se pode verificar a partir da leitura do seguinte trecho do relatório apresentado pelo Deputado Custódio Mattos à PEC n. 559/2002:

"A proposta, para viabilizar e facilitar a efetiva implementação da contribuição, deixa explícita a faculdade legal de cobrança na própria fatura de consumo de energia elétrica dos contribuintes, que, fica implícito, seriam as pessoas físicas e jurídicas consumidoras de energia elétrica".

Com efeito, sendo a iluminação pública um serviço público *uti universi*, ou seja, de caráter geral e indivisível, prestado a todos os cidadãos, indistintamente, não se afigura possível, sob o aspecto material, incluir todos os seus beneficiários no polo passivo da obrigação tributária.

Transcrevo, nesse aspecto, interessante passagem das informações prestadas pelo recorrido ao TJ/SC, *verbis*:

"Pode o município criar postos de fiscalização e de controle de veículos e pedestres que transitem pelas vias iluminadas, arrecadando destes pelo fato de ali passarem?"

Como seriam cobrados os cidadãos dos municípios vizinhos que circulam livremente entre um e outro?

Seriam criados novos tipos de pedágio?"

De qualquer modo, cumpre notar que os principais beneficiários do serviço serão sempre aqueles que residem ou exercem as suas atividades no âmbito do Município ou do Distrito Federal, isto é, pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, identificáveis por meio das respectivas faturas de energia elétrica.

V — Base de cálculo e alíquotas

O art. 2º da Lei Complementar municipal sob análise estabeleceu como base de cálculo da contribuição o valor da Tarifa de Iluminação Pública, apurado mês a mês (TARIFA de I.P./Mês), correspondente ao custo mensal do serviço de iluminação pública, variando as alíquotas conforme a qualidade dos consumidores de energia elétrica e quantidade de seu consumo.

Explicando melhor, a "Tarifa de I.P./Mês" é aferida a cada trinta dias, levando-se em conta o valor gasto pelo Município com a iluminação pública. Esse montante é rateado pelos contribuintes, segundo alíquotas que variam conforme o tipo de usuário do serviço, classificado em consumidor primário, residencial, comercial, industrial e serviço público, e de acordo com respectivo gasto de energia elétrica.

Não resta dúvida de que a LC n. 7/2002, nesse sentido, instituiu um sistema progressivo de alíquotas, mas o fez sem ofensa ao princípio da isonomia e com respeito à capacidade contributiva dos sujeitos passivos.

É que, como ensina Hugo de Brito Machado, a igualdade, no direito tributário, deve ser compreendida no sentido de proporcionalidade, pois constituiria um verdadeiro absurdo pretender-se que todos pagassem o mesmo tributo¹⁹.

Também para o já mencionado Marco Aurélio Greco, a igualdade, na seara tributária,

"tem como núcleo típico a ideia de equilíbrio no tratamento das relações e situações. Haverá isonomia se o ordenamento assegurar um regime equilibrado entre situações e posições distintas. Ou seja, tem por pressuposto a existência de situações diferentes (não idênticas) às quais, no entanto, deve ser assegurado um tratamento jurídico equilibrado e não discriminatório.

Por isso, a função principal do princípio é evitar a existência de previsões discriminatórias injustificadas"²⁰.

Quanto à aplicabilidade do postulado da isonomia às contribuições, o referido especialista entende que elas estão submetidas ao princípio da igualdade geral, que, todavia, não incide no momento de sua instituição, mas *na forma de rateio do respectivo encargo financeiro* (grifos meus)²¹.

Embora não deixe de ter certa plausibilidade a assertiva do recorrente segundo a qual "não há um critério seguro de discriminação para se conferir a determinado contribuinte uma carga tributária maior", diante do silêncio da Constituição Federal no que toca à hipótese de incidência da contribuição de iluminação pública, liberando, assim, o legislador local a eleger a melhor forma de cobrança do tributo, e tendo em conta o caráter *sui generis* da exação, considero que se mostram razoáveis e proporcionais os critérios escolhidos pelo diploma legal impugnado para estabelecer a sua base de cálculo, discriminar os seus contribuintes e estabelecer as alíquotas a que estão sujeitos.

19 MACHADO, Hugo de Brito. Curso de direito tributário. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 289.

20 GRECO, Marco Aurélio. Op. cit., p. 115.

21 GRECO, Marco Aurélio. Op. cit., p. 204.

Sim, porque o município de São José, ao empregar o consumo mensal de energia elétrica de cada imóvel, como parâmetro para ratear entre os contribuintes o gasto com a prestação do serviço de iluminação pública, buscou realizar, na prática, a almejada justiça fiscal, que consiste, precisamente, na materialização, no plano da realidade fática, dos princípios da isonomia tributária e da capacidade contributiva, porquanto é lícito supor que quem tem um consumo maior tem condições de pagar mais.

Por fim, cumpre repelir o último argumento do recorrente, segundo o qual a base de cálculo da Cosip se confunde com a do ICMS. Tal hipótese, permissa vênua, não ocorre no caso, porque a contribuição em tela não incide propriamente sobre o consumo de energia elétrica, mas corresponde ao rateio do custo do serviço municipal de iluminação pública entre contribuintes selecionados segundo critérios objetivos, pelo legislador local, com amparo na faculdade que lhe conferiu a EC n. 39/2002.

VI — Conclusão

Diante de todo o exposto, por não vislumbrar, na espécie, ofensa a qualquer princípio constitucional, em particular aos postulados da isonomia e da capacidade contributiva, e por entender, ainda, que os parâmetros empregados pela Lei n. 7/2002 do município de São José para instituir a Contribuição para Custeio dos Serviços de Iluminação Pública — Cosip não excederam os lindes da razoabilidade e da proporcionalidade, conheço do presente recurso extraordinário, negando-lhe provimento.

VOTO

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO: Senhor Presidente, diante do voto do Ministro Relator e do adiantado da hora, eu vou simplificar o raciocínio, porque, na realidade, o que se está atacando são os artigos 1º e 2º da lei impugnada, que é a

lei complementar municipal. E o eixo da impugnação está em torno da isonomia tributária e da capacidade contributiva.

Na minha concepção, o que ocorre é que o artigo 149-A da Constituição Federal, explicitamente, pôs à disposição do legislador municipal a possibilidade da vinculação dessa cobrança da contribuição ao contribuinte de energia elétrica, com o que se retira especificamente, pelo menos na minha avaliação, essa impugnação de afronta ao dispositivo constitucional.

Por outro lado, eu tenho manifestado o entendimento de que não enxergo nenhuma violação da Constituição na progressividade do imposto. Pelo contrário, ao meu sentir, essa progressividade, e, no caso, de acordo com o consumo de energia elétrica, que não é o fato gerador da contribuição, mas é apenas um padrão suficiente exatamente para fazer respeitar a capacidade contributiva do contribuinte.

Eu creio que esses dois fundamentos centrais, que estão brilhantemente expostos no voto do eminente Ministro Ricardo Lewandowski pelo menos na minha compreensão, servem para que eu possa acompanhar Sua Excelência, conhecendo do recurso extraordinário, porque existem os pressupostos de admissibilidade, mas negando-lhe provimento.

VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA — Senhor Presidente, ouvi atentamente o belíssimo voto do Ministro-Relator e não vislumbro, aqui, nem agressão aos princípios da isonomia, nem à cláusula, como foi por ele apelidada, de capacidade econômica do contribuinte, como nenhum dos outros argumentos tão bem levantados e respondidos. Eu o acompanho às inteiras.

VOTO

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU: — Senhor Presidente, acompanho, nada tendo a aditar ao voto substancial do Ministro Ricardo Lewandowski.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO — Presidente, devemos perquirir, em primeiro lugar, a origem da emenda que introduziu, na Carta da República — não sei se pela primeira vez —, quanto a artigo, a numeração seguida de letra do alfabeto, ou seja, artigo 149-A.

Qual teria sido a origem dessa emenda? Respondo e faço-o com desassombro: a jurisprudência do Supremo, no que veio o Tribunal a pacificar certa matéria ligada à iluminação pública — e receio que, daqui a pouco, estejamos pagando também pela segurança pública, e o preço será bem maior, a não ser que acionemos as milícias.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DI-REITO: Ministro Marco Aurélio, se Vossa Excelência me permitir, nesse caso, pagando inutilmente.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO — E essa origem, Presidente, confirma uma máxima dos antigos filósofos materialistas gregos que chegou até nós ante fragmento de Leucipo: nada surge sem uma causa.

A causa da emenda não foi outra senão o Verbete n. 670 da Súmula do Supremo, a revelar que o serviço de iluminação pública não pode ser remunerado mediante taxa.

Não se tem aqui algo enquadrável, como proclamou e assentou o Supremo, em termos de espécie de tributo, que é a taxa, no artigo 145 da Constituição Federal, no que define — e penso que a Constituição Federal ainda está em vigor — como taxa o tributo decorrente do:

"exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e" — aí vem o elemento inafastável — "divisíveis" — a iluminação pública não é um serviço divisível — "prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição";

Presidente, vislumbro, com a devida vênia, flagrantemente inconstitucional a emenda que introduziu o artigo 149-A — e já devo acostumar-me com essa singular forma de enumerar artigo da Constituição — na Carta de 1988 — que parece que, pouco a pouco, vai deixando de ser uma Carta Cidadã, como proclamada por Ulysses Guimarães. Em primeiro lugar, porque afastou garantia constitucional que, para mim, era uma cláusula pétrea quanto aos contribuintes: a exclusividade da União para instituir contribuições sociais e contribuição — essa contribuição seria, mas não é, ou é, sob o ângulo estritamente formal e não considerado o conteúdo — no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais. É algo que o legislador constituinte originário quis concentrado, tendo em conta a extravagância, a excepcional idade que é a criação de contribuições outras além das previstas no corpo inicial da Carta. A possibilidade foi alargada para atribuir-se a competência visando à criação não apenas ao Distrito Federal, mas também aos 5.564 municípios existentes no País. Isso equivale a dizer que se pode ter esse ônus — que inicialmente só podia ser criado pela União, pelo Congresso Nacional — colocado nas costas dos contribuintes por 5.564 Câmaras de Vereadores existentes no País.

Mas, Presidente, como disse — e repito —, daqui a pouco, talvez estejamos diante de uma contribuição para nos proporcionar o que não temos: a segurança pública. Sempre soube que atividades essenciais da máquina administrativa são suportadas e tem-se, portanto, as despesas próprias a cargo de receita advinda de um tributo específico: o imposto.

Presidente, valho-me da doutrina — da melhor doutrina — e começo por citar Kiyoshi Harada, em artigo publicado sobre a matéria, quando ressaltou que, no caso de iluminação pública:

"[...] pergunta-se, onde a particular vantagem propiciada aos contribuintes, se todos os municípios são beneficiários desse serviço público?"

Não estou preconizando aqui a volta à caverna. Não é isso!

"Seria legítimo considerar a população normal como beneficiários específicos, em confronto com o contingente de pessoas cegas a quem o serviço público não estaria trazendo os mesmos benefícios?"

Para caracterização da contribuição social ou da taxa de serviços, não basta a destinação específica do produto da arrecadação do tributo. É preciso que se defina o beneficiário específico desse tributo, que passará a ser o seu contribuinte. Se a comunidade inteira for a beneficiária, como no caso sob estudo, estar-se-á diante de imposto, e não de contribuição.

[...]

A contribuição social, instituída pela Lei n. 13.479/2002, é de uma inconstitucionalidade solar".

Creio que versava a problemática da contribuição alusiva a São Paulo:

"Ela é cobrada de apenas uma parcela da população, para custear um serviço público genérico, que beneficia a sociedade como um todo. Por isso ofende duplamente o princípio da isonomia tributária. Primeiramente, quando cobra apenas de uma parte dos beneficiários da iluminação pública; pela vez segunda, quando discrimina os usuários de relojinhos não residenciais, que pagam mais do que os usuários dos relojinhos residenciais como se aqueles" — titulares dos relojinhos não residenciais "consumissem mais iluminação pública do que os últimos.

Contorna e ofende o princípio da discriminação de rendas tributárias, instituindo imposto fora do elenco taxativo do artigo 156 da CF".

E pouco importa — e recorro um princípio muito caro ao Direito do Trabalho: o princípio da realidade — o rótulo, a forma. Relevante, em termos de tributos, é o conteúdo a revelar certo figurino que, para ser válido, há de guardar sintonia com a Constituição Federal:

"[...] ao destinar o produto da arrecadação desse imposto a um Fundo Especial".

Também autor mencionado pelo relator — não para acompanhá-lo no pensamento possuído, mas para contrariar a conclusão neste caso concreto —, Ives Gandra da Silva Martins, varão insuplantável desta sofrida Republica, teve oportunidade de se debruçar sobre a matéria. Ressaltou Sua Excelência em artigo:

"Ora, o artigo 149-A cuida da quinta espécie tributária, que são as contribuições de intervenção do domínio econômico, sociais gerais e no interesse das categorias profissionais e econômicas — já, em parte desperfilada, pela E.C. n. 33/01.

Nada obstante o canhestrismo conveniente desta última, há de se concluir que as contribuições lá mencionadas são, de rigor, contribuições de intervenção no domínio econômico, justa sendo sua inclusão no corpo do referido artigo.

A atual" — aí veio a ela — "contribuição não é, entretanto, contribuição. Tem o perfil de uma taxa, mas com insuficiências que demonstrarei adiante. Não representa qualquer intervenção no domínio econômico, nem é cobrada no interesse das categorias, nem tem qualquer função social".

A previsão constitucional visou, na verdade — temos de admitir —, a fazer caixa, não fosse suficiente o que já arrecadado e, ao que tudo indica, muito mal administrado:

"É, pura e simplesmente, tributo destinado a cobrir prestação de serviço, nem se furtando, o desajeitado constituinte" — que emendou o texto primitivo da Carta — "a reconhecer que sua cobrança 'é para o custeio do serviço de iluminação pública'.

O pouco versado legislador supremo em teoria ou doutrina constitucional — e, possivelmente, desconhecedor das decisões do pretório Excelso sobre o conteúdo dos vocábulos utilizados na elaboração legislativa — não percebeu que chamar de 'contribuição' uma 'taxa', isto é, uma contraprestação a um serviço público," — de iluminação pública — "não transforma a taxa em contribuição, visto que a natureza do tributo é dada por seu perfil e não por sua denominação.

[...]

Ora, no presente caso, em verdade o que criou, o constituinte — pressionado pela sanha arrecadatória dos entes federativos, especializados em gerar despesas inúteis e incapazes de cortá-las —, foi uma 'taxa de iluminação pública', como contrapartida de um serviço, cujo custo não é coberto pela escandalosa carga tributária que suporta o brasileiro, já no fantástico nível de 37,2% do PIB.

Ora, se não é contribuição, mas 'taxa', nada obstante sua colocação topográfica no artigo 149, à evidência, deveria ter seu perfil jurídico, conformado pelo inciso II do artigo 145 da Constituição Federal...

Ora, em vez de ofertar ao intérprete o desenho, a escultura, da referida taxa, que rotulou" — apenas nomenclatura, vitrine — "de 'contribuição', apenas declarou [...] que esta contribuição — que não é contribuição, mas taxa — poderia ser cobrada na fatura de consumo de energia elétrica, o que vale dizer, cuidou apenas da 'forma' de cobrança, mas não da conformação do tributo.

Em outras palavras, a contribuição — que não é contribuição, mas seria taxa — à falta de outro referencial, só pode ser perfilada pela postura constitucional definida no já retrocitado dispositivo (145, inciso II)," — e volto ao verbete da Súmula a que me referi quando glosamos essa cobrança sob o título de 'taxa', e pacificamos a jurisprudência editando um verbete — "ou seja, com o instrumental exegético de que dispõe o intérprete, ofertado pela própria Lei Suprema".

Presidente, mais do que isso — e aqui lanço uma profissão de fé diante do quadro atual: qualquer acréscimo na carga tributária, hoje, configura confisco, pouco importando a nomenclatura que se dê ao tributo criado ou ao acréscimo de tributo já existente.

Peço vênia ao relator e aos colegas que o acompanharam para, no caso, conhecer e prover o extraordinário.

Excelência, o processo é objetivo?

O SR. MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR)
— Não, é uma repercussão geral, mas evidentemente se transformará num paradigma.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO — Não, refiro-me ao processo formalizado na origem. Revelou representação de inconstitucionalidade?

O SR. MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) — Era uma ação direta de inconstitucionalidade.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO — Porque estou constatando como recorrente o Ministério Público.

O SR. MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) — Sim, porque ele ingressou com uma ADI estadual.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO — Ficaria até muito alegre se o Tribunal tivesse avançado para admitir que ele pode atuar — e na defesa de interesses homogêneos —, o que o Tribunal sempre refutou. Mas aqui, não. Aqui o Ministério Público atua em processo objetivo.

O SR. MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) Exatamente, eu observei esse aspecto.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO — Peço vênias, Presidente, para prover o recurso do Ministério Público, subscrevendo as lições a que me referi, inclusive quanto à forma vernacular em que versadas, e declarar a inconstitucionalidade do ato normativo atacado.

(Obs.: Texto sem revisão do Exmo. Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (§ 3º do artigo 96 do RISTF, com a redação dada pela Emenda Regimental n. 26, de 22 de outubro de 2008).

VOTO

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Senhor Presidente, vou pedir vênias ao eminente Ministro MARCO AURÉLIO, não obstante o belíssimo voto que Sua Excelência acaba de proferir, para acompanhar os

fundamentos em que se apoia o excelente pronunciamento do eminente Relator.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO — Apresentarei depois o elogio de Vossa Excelência aos dois doutrinadores que citei.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Somente desejo registrar, Senhor Presidente, que se revelava plenamente admissível, na espécie, o ajuizamento de representação de inconstitucionalidade, perante o Tribunal de Justiça local, contra lei municipal (a Lei Complementar n. 7/2002 do município de São José/SC, no caso) que teria transgredido norma da Constituição estadual consubstanciadora de preceitos de observância compulsória, veiculadores dos postulados da capacidade contributiva e da isonomia (inclusive da isonomia em matéria tributária), inscritos no texto da Constituição da República.

Esse entendimento encontra apoio na jurisprudência que esta Suprema Corte firmou na matéria, como resulta claro de diversos precedentes (alguns dos quais referidos pelo eminente Relator):

“FISCALIZAÇÃO NORMATIVA ABSTRATA. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA. POSSIBILIDADE (CF, ART. 125, § 2º). PARÂMETRO ÚNICO DE CONTROLE: A CONSTITUIÇÃO DO PRÓPRIO ESTADO-MEMBRO OU, QUANDO FOR O CASO, A LEI ORGÂNICA DO DISTRITO FEDERAL. IMPOSSIBILIDADE, CONTUDO, TRATANDO-SE DE JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL INABSTRACTO DO ESTADO-MEMBRO (OU DO DISTRITO FEDERAL), DE ERIGIR-SE A PRÓPRIA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA À CONDIÇÃO DE PARADIGMA DE CONFRONTO. A QUESTÃO DA INCORPORAÇÃO FORMAL, AO TEXTO DA CARTA LOCAL, DE NORMAS CONSTITUCIONAIS FEDERAIS DE OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. ESTADUALIZAÇÃO; NESSA HIPÓTESE, DE TAIS NORMAS CONSTITUCIONAIS, NÃO OBSTANTE O SEU MÁXIMO COEFICIENTE DE FEDERALIDADE. LEGITIMIDADE DESSE PROCEDIMENTO. HIPÓTESE EM QUE AS NORMAS ‘ES-

TADUALIZADAS PODERÃO SER CONSIDERADAS COMO PARÂMETRO DE CONFRONTO, *PARA OS FINS* DO ART. 125, § 2º DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. *PRECEDENTES. AÇÃO DIRETA QUE IMPUGNA, PERANTE TRIBUNAL DE JUSTIÇA, DIPLOMA NORMATIVO LOCAL, CONTESTANDO-O, EM TESE, EM FACE DE NORMAS DA CONSTITUIÇÃO DO PRÓPRIO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. DECISÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA QUE, AO DEFERIR A LIMINAR NA AÇÃO DIRETA, SUSPENDE A EFICÁCIA DA LEI ESTADUAL (LEI N. 4.946/2006). ADMISSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECLAMAÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE*".

(*Rcl n. 5.049/RJ*, rel. Min. CELSO DE MELLO, in *Informativo/STF n. 525/2008*)

"Controle *abstrato* de constitucionalidade: *ação direta de inconstitucionalidade* de lei municipal, *perante* o Tribunal de Justiça, *fundada* em violação de preceitos da Constituição do Estado, *ainda que se cuide de reprodução compulsória de normas da Constituição da República: admissibilidade afirmada na Rcl 383, 10.6.92: aplicação do precedente, com ressalva do relator*".

(*RTJ 155/974*, rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE — grifei).

"*COMPETÊNCIA — AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE — LEI MUNICIPAL CONTESTADA EM FACE DA CARTA DO ESTADO, NO QUE REPETE PRECEITO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. O § 2º do artigo 125 da Constituição Federal não contempla exceção: define a competência para a ação direta de inconstitucionalidade, a causa de pedir lançada na inicial; sendo esta o conflito da norma atacada com a Carta do Estado, impõe-se concluir pela competência do Tribunal de Justiça, pouco importando que ocorra repetição de preceito da Carta da República de adoção obrigatória [...]*". (*RE n. 177.865/SP*, rel.. Min. MARCO AURÉLIO — grifei).

"*COMPETÊNCIA — AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE — BALIZAS — NORMA LOCAL — CARTA DO ESTADO. A competência para julgar a ação direta de inconstitucionalidade em que impugnada norma local contestada em face de Carta Estadual é do Tribunal de Justiça respectivo, ainda que o preceito atacado revele-se como pura repetição de dispositivos da Constituição Federal de*

observância obrigatória pelos Estados [...]." (RTJ 163/836, rel. Min. MARCO AURÉLIO — grifei).

Vê-se, portanto, Senhor Presidente, considerados os diversos precedentes existentes na matéria, que o Supremo Tribunal Federal reconhece possível a instauração da jurisdição constitucional "*in abstracto*" dos Estados-membros, a ser exercida pelos respectivos Tribunais de Justiça (CF, art. 125, § 2º), mesmo que se cuide de impugnação a leis ou a atos normativos estaduais e/ou municipais, desde que contestados em face da Constituição estadual (ou, se for o caso, da Lei Orgânica do Distrito Federal), ainda que a norma de parâmetro — necessária e formalmente incorporada ao texto da Constituição local — seja reprodução de dispositivos constitucionais federais de observância compulsória pelas unidades federadas (RTJ 155/974), admitindo-se, nessa específica hipótese, tal como se verifica neste caso, a possibilidade de controle recursal extraordinário da decisão local, por parte do Supremo Tribunal Federal (RTJ 147/404, rel. Min. MOREIRA ALVES — RTJ 152/371-373, rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA — RTJ 158/3, rel. Min. MOREIRA ALVES — RTJ 177/1084, rel. Min. MOREIRA ALVES — RTJ 183/936, rel. Min. ILMAR GALVÃO — ADI n. 1.529-QO/MT, rel. Min. OCTAVIO GALLOTTI — Rcl n. 526/SP, rel. Min. MOREIRA ALVES — Rcl 1.701-MC/RJ, rel. Min. CELSO DE MELLO — Rcl n. 2.129-AgR/SP, rel. Min. NELSON JOBIM).

Vale mencionar, neste ponto, que esta Suprema Corte também tem admitido, como parâmetro de confronto, para os fins a que alude o art. 125, § 2º, da Constituição da República, a referência constante de dispositivos, que, inscritos no texto da Constituição estadual, limitam-se a fazer mera remissão normativa a regras positivadas na Constituição Federal, como se vê, p. ex., de decisão que possui a seguinte ementa:

"[...] A questão da parametricidade das cláusulas constitucionais estaduais, de caráter remissivo, para fins de controle concentrado, ao âmbito do Tribunal de Justiça local, de leis e atos normativos estaduais e/ou municipais contestados em face da Constituição Estadual.

Revela-se legítimo invocar, como referência paradigmática, para efeito de controle abstrato de constitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais e/ou municipais, cláusula de caráter remissivo, que, inscrita na Constituição Estadual, remete, diretamente, às regras normativas constantes da própria Constituição Federal, assim incorporando-as, formalmente, mediante referida técnica de remissão, ao plano do ordenamento constitucional do Estado-membro.

Com a técnica de remissão normativa, o Estado-membro confere parâmetricidade às normas, que, embora constantes da Constituição Federal, passam a compor, formalmente, em razão da expressa referência a elas feita, o 'corpus' constitucional dessa unidade política da Federação, o que torna possível erigir-se, como parâmetro de confronto, para os fins a que se refere o art. 125, § 2º da Constituição da República, a própria norma constitucional estadual de conteúdo remissivo.

[...].”

(ADPF 100-MC/TO, rel. Min. CELSO DE MELLO, *in* Informativo/STF n. 532/2008).

O que não se revela possível, Senhor Presidente, considerados os limites estabelecidos no art. 125, § 2º, da Lei Fundamental da República, é erigir-se, à condição de referência paradigmática, regra consubstanciada no texto da própria Constituição Federal, para efeito de legitimar a atuação do Tribunal de Justiça local em sede de controle abstrato (Rcl n. 3.436-MC/DF, rel. Min. CELSO DE MELLO, *in* Informativo/STF n. 394/2005).

É que, em tema de fiscalização abstrata perante os Tribunais de Justiça locais, o parâmetro de controle a ser invocado (e considerado) nas ações diretas somente pode ser a Constituição do próprio Estado-membro (ou, quando for o caso, a Lei Orgânica do Distrito Federal) e não a Constituição da República (RTJ 135/12 — RTJ 181/7 — RTJ 185/373-374, *v.g.*):

“— A Constituição de 1988, ao prever o controle concentrado de constitucionalidade no âmbito dos Estados-membros, erigiu a própria Constituição estadual à condição de parâmetro único e exclusivo de verificação da validade das leis ou atos normativos locais (art. 125, §

2º). Precedente da Corte [...]” (RTJ 134/1066, rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno).

Com estas observações, Senhor Presidente, tenho por inteiramente cabível, no caso, a interposição de recurso extraordinário, tal como o reconheceu o eminente Relator desta causa, razão pela qual conheço do apelo extremo deduzido pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina.

No mais, quanto ao fundo da controvérsia material, e como já assinalado no início deste meu voto, peço vênias para acompanhar os doutíssimos fundamentos expostos no magnífico voto proferido pelo eminente Relator desta causa.

É o meu voto.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE)
— Eu também peço vênias ao Ministro Marco Aurélio e acompanho o eminente Relator.

Ressalto que Sua Excelência o Ministro Marco Aurélio trouxe aspectos inteiramente interessantes, especialmente no que diz respeito à eventual inconstitucionalidade da Emenda Constitucional. Mas o que acontece aqui é um fenômeno que sói acontecer também no Direito americano, que é o fenômeno de um tipo de correção legislativa de uma decisão judicial por emenda constitucional. Salvo melhor juízo, aqui não há cláusula pétrea envolvida. Nós temos tido esse fenômeno nos casos, por exemplo, de lei ordinária e lei complementar.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO — Poderia dizer que não há razoabilidade em se contornar uma decisão do Supremo mediante emenda constitucional.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE)
— Sim. Nós temos tido, por exemplo, naqueles casos de dúvida sobre a exigência ou não de lei complementar, que depois vem o constituinte

ou o derivado estabelecendo que a exigência pode ser de lei ordinária, é bastante costumeiro, especialmente na área tributária. Foi o que ocorreu aqui; não me parece que haja violação a cláusula pétrea. Mas, de qualquer forma, é extremamente relevante que se coloque o tema, tendo em vista essa perspectiva.

Eu acompanho o eminente Relator, com as vênias devidas.

**SUPERIOR TRIBUNAL
DE JUSTIÇA**

CONFLITO DE COMPETÊNCIA

Conflito de Competência n. 102.181/SC (2008/0286354-3)

Relator: Ministro Castro Meira

Autor: João Pinto de Quevedo

Advogado: Drs. Pedro Luiz Zandavalli Wincler Júnior e outro(s)

Réu: Estado de Santa Catarina

Procurador: Drs. Célia Iraci da Cunha e outro(s)

Réu: Município de Chapecó

Réu: União

Suscitante: Juízo Federal da 2ª Vara de Chapecó—SJ/SC

Suscitado: Juízo Federal do Juizado Especial Cível de Chapecó/SC

EMENTA

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO PARA FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. VALOR DA CAUSA INFERIOR A 60 SALÁRIOS MÍNIMOS. ART. 3º, § 1º, DA LEI N. 10.259/01. LITISCONSÓRCIO FACULTATIVO. COMPLEXIDADE DA CAUSA. COMPETÊNCIA DO JUÍZO ESPECIAL FEDERAL.

1. O art. 3º, § 1º, da Lei n. 10.259/01 estabelece que "compete ao Juizado Especial Federal Cível processar, conciliar e julgar causas de competência da Justiça Federal até o valor de sessenta salários mínimos, bem como executar as suas sentenças".

2. Se o valor da ação ordinária, proposta com o fim de compelir os entes políticos das três esferas de governo a fornecer medicamentos à pessoa carente, é inferior ao limite de sessenta salários mínimos previstos no artigo 3º da Lei n. 10.259/2001, deve ser reconhecida a competência do Juizado Especial Federal para processo e julgamento da demanda.

3. Não há vedação legal de que conste no pólo passivo de demanda ajuizada nos Juizados Especiais Federais entes públicos diversos daqueles mencionados no 6º, II, da Lei n. 10.259/01, em face do caráter suplementar emprestado ao artigo 8º da Lei n. 9.099/95.

4. A disponibilização de tratamento de hidroterapia, necessário para abrandar a distrofia muscular progressiva do autor, não pressupõe a anulação ou cancelamento de ato administrativo, nem há qualquer requerimento nesse sentido. Inexiste, portanto, enquadramento do presente caso à exceção expressa no art. 3º, § 1º, III, da Lei n. 10.259/01, que afastaria a competência do Juizado Especial.

5. Competência do Juízo Federal do Juizado Especial Cível da Seção Judiciária do Estado de Santa Catarina, o suscitante.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do conflito e declarar competente o Juízo Federal do Juizado Especial Cível da Seção Judiciária de Chapecó—SJ/SC, o suscitado, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. A Sra. Ministra Denise Arruda e os Srs. Ministros Humberto Martins, Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves, Eliana Calmon e Teori Albino Zavascki votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Brasília, 16 de fevereiro de 2009 (data do julgamento).

Ministro Castro Meira

RELATOR

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO CASTRO MEIRA (Relator): Cuida-se de conflito negativo de competência suscitado pelo Juízo Federal da 2ª Vara de Chapecó-SJ/SC em face do Juízo Federal do Juizado Especial Cível de Chapecó-SJ/SC, no âmbito de ação ordinária c/c pedido de antecipação de tutela em que o autor pleiteia que os réus sejam condenados a fornecer, às suas expensas, a realização do tratamento necessário ao abrandamento da doença que lhe acomete, qual seja distrofia muscular progressiva.

O Juízo suscitado declinou da competência, por considerar inviável o trâmite do feito nos Juizados Especiais Federais ante a impossibilidade de eventual intervenção de terceiros e por não lhe ser permitido apreciar pedido de anulação ou cancelamento de ato administrativo federal, salvo o de natureza previdenciária e o de lançamento fiscal.

Entendeu que "o indeferimento do pedido de medicamento pelo órgão de saúde constitui um ato administrativo, de cunho individual. Assim, a discussão envolve a validade — ou não — desse ato, com a consequente conclusão acerca do dever de fornecimento dos medicamento(s) requerido(s)". Diante disso, determinou a remessa dos autos ao Juízo Federal da 2ª Vara de Chapecó-SJ/SC para processar e julgar o feito ou suscitar o conflito negativo de competência (fls. 128-130).

O Juízo suscitante, por seu turno, suscitou o presente conflito tendo em vista se tratar de causa cujo valor é inferior a 60 (sessenta) salários mínimos (fls. 132-134).

Como a matéria encontra-se pacificada nesta Seção, dispensei o pronunciamento do Ministério Público Federal.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CASTRO MEIRA (Relator): Tratando-se de conflito instaurado entre juízos vinculados a Tribunais distintos, conheço da controvérsia, a teor do que preceitua o art. 105, I, *d* da Constituição da República.

Com efeito, com base no art. 105, inciso I, alínea *d*, da CF, firmou-se no sentido de que os conflitos de competência instaurados entre Juízo Comum Federal e Juízo de Juizado Especial Federal devem ser conhecidos por este Tribunal Superior, sob o fundamento de que os Juizados Especiais Federais se vinculam apenas administrativamente ao respectivo Tribunal Regional Federal, estando os provimentos jurisdicionais proferidos pelos órgãos julgadores do Juizado Especial sujeitos à revisão por parte da Turma Recursal. Nesse sentido, destaco os seguintes precedentes:

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA. JUÍZO FEDERAL DE JUIZADO ESPECIAL E JUÍZO FEDERAL DE JUIZADO COMUM. COMPETÊNCIA DO STJ PARA APRECIAR O CONFLITO. JUIZADO ESPECIAL FEDERAL. COMPETÊNCIA. CRITÉRIOS. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. COMPETÊNCIA DO JUIZADO ESPECIAL EM FACE DO VALOR DA CAUSA.

1. A jurisprudência do STJ é no sentido de que juízo de juizado especial não está vinculado jurisdicionalmente ao tribunal com quem tem vínculo administrativo, razão pela qual o conflito entre ele e juízo comum caracteriza-se como conflito entre juízos não vinculados ao mesmo tribunal, o que determina a competência do STJ para dirimi-lo, nos termos do art. 105, I, *d*, da Constituição. Precedentes.

2. A Lei n. 10.259/01, que instituiu os Juizados Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal, estabeleceu que a competência desses Juizados tem natureza absoluta e que, em matéria cível, obedece como regra

geral a do valor da causa: são da sua competência as causas com valor de até sessenta salários mínimos (art. 3º).

3. A essa regra foram estabelecidas exceções ditadas (a) pela natureza da demanda ou do pedido (critério material), (b) pelo tipo de procedimento (critério processual) e (c) pelos figurantes da relação processual (critério subjetivo). Entre as exceções fundadas no critério material está a das causas que dizem respeito a "anulação ou cancelamento de ato administrativo federal, salvo o de natureza previdenciária e o de lançamento fiscal".

4. No caso, a demanda tem valor da causa inferior a sessenta salários mínimos e visa a obter indenização por danos morais. A ilegitimidade dos atos administrativos constitui apenas fundamento do pedido, não seu objeto.

5. Conflito conhecido, declarando-se a competência do Juízo Federal da 7ª Vara do Juizado Especial Cível da Subseção Judiciária de São Luís/MA, o suscitante" (CC n. 75.314/MA, rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJU de 27-8-07);

"CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. ANULAÇÃO DE MULTA DE TRÂNSITO. AÇÃO ORDINÁRIA. CONFLITO INSTAURADO ENTRE JUÍZO FEDERAL E JUIZADO ESPECIAL FEDERAL. COMPETÊNCIA DO STJ. LEI N. 10.259/01, ART. 3º, § 1º, III.

1. Os juzados especiais, previstos no art. 98 da Constituição e criados no âmbito federal pela Lei n. 10.259/01, não se vinculam ao Tribunal Regional Federal respectivo, tendo suas decisões revistas por turmas recursais formadas por julgadores da 1º Instância da Justiça Federal.

2. A competência para apreciar os conflitos entre juzados especiais federais e juiz federal, ainda que da mesma Seção Judiciária, é do Supe-

rior Tribunal de Justiça, nos termos do ar. 105, I, *d*, da Constituição da República. Precedente da 3ª Seção e da Suprema Corte.

3. A Lei n. 10.259/01, em seu art. 3º, § 1º, III, estabelece que os juizados especiais federais não têm competência para julgar as causas que envolvam a "anulação ou cancelamento de ato administrativo federal, salvo o de natureza previdenciária e o de lançamento fiscal".

4. Na hipótese, pretende o autor a anulação de autos de infração e o conseqüente cancelamento das multas de trânsito, pretensão de todo incompatível com o rito dos juizados especiais federais.

5. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo Federal da 4ª Vara da Seção Judiciária de Goiás, o suscitado" (CC n. 48.022/GO, rel. Min. Francisco Peçanha Martins, Rel. p/acórdão Min. Castro Meira, DJU de 12-6-06).

Assim, reconhecida a competência desta Corte, passo a examinar o mérito. O art. 3º, § 1º, III, da Lei n. 10.259/2001 estabelece o seguinte:

"Art. 3º: Compete ao Juizado Especial Federal Cível processar, conciliar e julgar causas de competência da Justiça Federal até o valor de sessenta salários mínimos, bem como executar as suas sentenças".

No caso dos autos, o valor da causa é inferior aos sessenta salários mínimos definidos na referida lei. De acordo com o entendimento desta Corte, essa circunstância é suficiente para determinar a competência da Justiça Federal Especial para prosseguir no processamento do feito. Nesse sentido, colaciono os seguintes precedentes:

"CONFLITO. AÇÃO PARA FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. VALOR DA CAUSA INFERIOR A 60 SALÁRIOS MÍNIMOS. ART. 3º, § 1º, DA LEI N. 10.259/01. COMPETÊNCIA DO JUÍZO ESPECIAL FEDERAL.

1. Conflito de competência estabelecido entre o Juizado Especial Federal e a Justiça Federal, referente à ação para fornecimento de medicamentos, com pedido de antecipação de tutela.

2. O art. 3º, § 1º, da Lei n. 10.259/01 estabelece que 'compete ao Juizado Especial Federal Cível processar, conciliar e julgar causas de competência da Justiça Federal até o valor de sessenta salários mínimos, bem como executar as suas sentenças'.

3. Competência do Juízo Federal do Juizado Especial Cível da Seção Judiciária do Estado de Santa Catarina" (CC n. 92.618, rel. Min. José Delgado, DJU de 31-3-08);

"PROCESSUAL CIVIL – CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS – LITISCONSÓRCIO PASSIVO – COMPETÊNCIA DO JUÍZO FEDERAL DO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DE SANTA CATARINA, O SUSCITADO" (CC n. 093.420 rel. Min. Humberto Martins, DJU de 7-5-08).

Esta Primeira Seção firmou o entendimento de que a presença de entidade não sujeita a juizado especial federal como litisconsorte passivo da União não altera a competência do Juizado Especial. O acórdão então exarado recebeu a seguinte ementa:

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA. JUÍZO FEDERAL DE JUIZADO ESPECIAL E JUÍZO FEDERAL DE JUIZADO COMUM. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. CAUSA DE VALOR INFERIOR A SESENTA SALÁRIOS MÍNIMOS. UNIÃO, ESTADO MEMBRO E MUNICÍPIO NO PÓLO PASSIVO. ART. 6º, II, DA LEI N. 10.259/2001. INTERPRETAÇÃO AMPLA. COMPETÊNCIA DOS JUIZADOS ESPECIAIS.

1. A Lei n. 10.259/01, que instituiu os Juizados Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal, estabeleceu que a competência desses Juizados tem natureza absoluta e que, em matéria cível, obedece como regra geral a do valor da causa: são da sua competência as causas com valor de até sessenta salários mínimos (art. 3º). A essa regra foram estabelecidas exceções ditadas (a) pela natureza da demanda ou do pedido (critério material), (b) pelo tipo de procedimento (critério processual) e (c) pelos figurantes da relação processual (critério subjetivo).

2. É certo que a Constituição limitou a competência dos Juizados Federais, em matéria cível, a causas de 'menor complexidade' (CF, art 98, § único). Mas, não se pode ter por inconstitucional o critério para esse fim adotado pelo legislador, baseado no menor valor da causa, com as exceções enunciadas. A necessidade de produção de prova pericial, além de não ser o critério próprio para definir a competência, não é sequer incompatível com o rito dos Juizados Federais, que prevê expressamente a produção dessa espécie de prova (art. 12 da Lei n. 10.259/01).

3. A presença, como litisconsorte passivo da União, de entidade não sujeita a juizado especial federal (no caso, o Estado de Santa Catarina e o Município de Florianópolis), não altera a competência do Juizado. Aplica-se à situação o princípio federativo (que dá supremacia à posição da União em face de outras entidades) e o da especialidade (que confere preferência ao juízo especial sobre o comum). Precedentes.

4. Conflito conhecido, declarando-se a competência do Juizado Especial, o suscitado" (CC n. 96.353/SC, rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJe de 9-9-08).

Além disso, não procede o argumento de que se cuida de anulação de ato administrativo, pois na inicial inexistente qualquer pedido nesse sentido. Cumpre reproduzir o trecho da ação inicial relativo aos requerimentos finais:

"*EX POSITIS*", requer-se a Vossa Excelência se digne:

A) Receber a presente, determinando sua autuação, bem como da documentação anexa;

B) Conceder *IN LIMINE* A ANTECIPAÇÃO DA TUTELA PRETENDIDA pelo reinvidicante, a fim de DETERMINAR IMEDIATAMENTE que o réu autorize as suas expensas a realização de 10 sessões mensais de hidroterapia junto a Clínica Fisioclin, comprometendo-se a efetivar o referido pagamento, que hoje importa em R\$ 250,00 (duzentos e cinquenta reais mensais) correspondentes a 10 sessões de hidroterapia, cujos valores deverão ser repassados diretamente a Fisioclin, sob pena de incidência de multa diária cujo valor deverá ser arbitrado por Vossa Excelência, em favor do mesmo, no caso de descumprimento da ordem judicial;

C) Julgar, ao final, seja tornada definitiva a liminar concedida;

D) Determinar a citação do réu, no endereço fornecido no preâmbulo, por meio de Oficial de Justiça, (art. 222, c, CPC), a fim de que o mesmo querendo e, no prazo legal, conteste a presente demanda, devendo constar no corpo do mandado as advertências do artigo 285 do CPC;

E) Julgar TOTALMENTE PROCEDENTES os pedidos formulados pelo autor, a fim de condenar o réu ao fornecimento do tratamento de 10 sessões mensais de hidroterapia gratuitamente ao autor, pelo período que se fizer necessário, nas quantidades retro declinadas;

F) Deferir a produção de todos os meios de prova em direito admitidos, em especial a prova documental acostada, testemunhal e pericial, sem a exclusão de qualquer outra;

G) Conceder ao autor o benefício da Assistência Judiciária Gratuita, vez que o mesmo não detém condições de arcar com as custas do processo

e honorários advocatícios sem prejuízo de seu próprio sustento e de sua família" (fls. 14-15).

Como se vê, em momento algum houve pedido de anulação ou cancelamento de ato administrativo, apenas foi solicitada a disponibilização de tratamento de saúde.

Caso, ao final, seja deferido o pedido da exordial, não será necessária a anulação ou cancelamento do indeferimento pelo órgão de saúde da solicitação de tratamento.

Corroborando essa assertiva, cumpre transcrever o seguinte precedente desta Primeira Seção:

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA. JUÍZO FEDERAL DE JUIZADO ESPECIAL E JUÍZO FEDERAL DE JUIZADO COMUM. COMPETÊNCIA DO STJ PARA APRECIAR O CONFLITO. JUIZADO ESPECIAL FEDERAL. COMPETÊNCIA. CRITÉRIOS. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. COMPETÊNCIA DO JUIZADO ESPECIAL EM FACE DO VALOR DA CAUSA.

1. A jurisprudência do STJ é no sentido de que juízo de juizado especial não está vinculado jurisdicionalmente ao tribunal com quem tem vínculo administrativo, razão pela qual o conflito entre ele e juízo comum caracteriza-se como conflito entre juízos não vinculados ao mesmo tribunal, o que determina a competência do STJ para dirimi-lo, nos termos do art. 105, I, *d*, da Constituição. Precedentes.

2. A Lei n. 10.259/01, que instituiu os Juizados Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal, estabeleceu que a competência desses Juizados tem natureza absoluta e que, em matéria cível, obedece como regra geral a do valor da causa: são da sua competência as causas com valor de até sessenta salários mínimos (art. 3º).

3. A essa regra foram estabelecidas exceções ditadas (a) pela natureza da demanda ou do pedido (critério material), (b) pelo tipo de procedimento (critério processual) e (c) pelos figurantes da relação processual (critério subjetivo). Entre as exceções fundadas no critério material está a das causas que dizem respeito a "anulação ou cancelamento de ato administrativo federal, salvo o de natureza previdenciária e o de lançamento fiscal".

4. No caso, a demanda tem valor da causa inferior a sessenta salários mínimos e visa a obter indenização por danos morais. *A ilegitimidade dos atos administrativos constitui apenas fundamento do pedido, não seu objeto.*

5. Conflito conhecido, declarando-se a competência do Juízo Federal da 7ª Vara do Juizado Especial Cível da Subseção Judiciária de São Luís — MA, o suscitante" (CC n. 75.314/MA, rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJU de 27-8-07 — grifei).

Naquela oportunidade, o Exmo. Relator assim se pronunciou:

"No caso, a demanda tem valor da causa inferior a sessenta salários mínimos e visa a obter indenização por danos morais. A ilegitimidade dos atos administrativos constitui apenas fundamento do pedido, não seu objeto. A causa, portanto, não está alcançada pela exceção expressa no art. 3º, § 1º, III, da Lei n. 10.259/01 (anulação ou cancelamento de ato administrativo federal). Trata-se, logo, de causa de competência do Juizado Especial Federal".

Ante o exposto, conheço do conflito de competência para declarar competente o Juízo Federal do Juizado Especial Cível da Seção Judiciária do Estado de Santa Catarina, o suscitante.

É como voto.

HABEAS CORPUS

Habeas Corpus n. 123.370/SC (2008/0273240-9)

Relatora: Ministra Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ/MG)

Impetrantes: Renato Pereira da Silva e outro

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina

Paciente: Yure de Oliveira Fernandes (preso)

EMENTA

HABEAS CORPUS. PACIENTE PRONUNCIADO POR INFRAÇÃO AOS ARTS. 121, § 2º, IV E V, C/C 29, *CAPUT*; 121, § 2º, IV E V, C/C 29, *CAPUT*; 121, § 2º, V, C/C 29 E 14, II; 157, § 2º, I E II; 157, § 2º, I, II E V; 157, I, II E III; 155, § 4º, I E IV, C/C 14, II; 288, PARÁGRAFO ÚNICO; E 307, TODOS DO CÓDIGO PENAL E ART. 14, *CAPUT*, DA LEI N. 10.826/03.

IRREGULARIDADES NA PRISÃO EM FLAGRANTE. INOCORRÊNCIA. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA DE PRONÚNCIA. ALEGAÇÃO DE INÚMERAS NULIDADES NA AÇÃO PENAL. MATÉRIA NÃO CONHECIDA PELO TRIBUNAL *A QUO* SOB O FUNDAMENTO DE NECESSIDADE DE ESTUDO APROFUNDADO DAS PROVAS. ARGUIÇÃO DE EXCESSO DE PRAZO. INOCORRÊNCIA. APLICAÇÃO DA SÚMULA 21 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E DENEGADA.

1. Eventuais defeitos porventura existentes no auto de prisão em flagrante não têm o condão de, por eles mesmos, contaminarem o processo e ensejarem a soltura do réu, ainda mais se os autos demonstram ter havido o recebimento da denúncia e o motivado indeferimento do pedido de liberdade provisória.

2. O acórdão vergastado não tratou de nenhuma das alegações de vícios do feito, sob o fundamento de impedimento legal para o emprego de *habeas corpus* quando a análise de eventuais nulidades da ação penal não dispensar o exame minucioso de provas. No que diz respeito às nulidades invocadas, não pode este Tribunal examiná-las originariamente, porquanto o Tribunal do Estado de Santa Catarina não as examinou, por entender que implicaria em exame aprofundado das provas.

3. Quanto à alegação de excesso de prazo para conclusão do inquérito, deve-se ressaltar que o argumento se apresenta tardio diante do momento processual em que se encontra a ação penal instaurada em desfavor do paciente, que já foi pronunciado, razão pela qual incide o verbete da Súmula 21/STJ.

4. Ordem parcialmente conhecida e, neste ponto, denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer parcialmente da ordem de *habeas corpus* e nesta parte a denegar, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Nilson Naves, Paulo Gallotti, Maria Thereza de Assis Moura e Og Fernandes votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nilson Naves.

Brasília, 6 de fevereiro de 2009 (Data do Julgamento)

Ministra Jane Silva

(DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG)

RELATORA

RELATÓRIO

Trata-se de *habeas corpus substitutivo de recurso ordinário* impetrado em favor de YURE DE OLIVEIRA FERNANDES, preso em flagrante e pronunciado pela prática dos crimes dos artigos 121, § 2º, IV e V, c/c 29, *caput*, 121, § 2º, IV e V, c/c 29, *caput*, 121, § 2º, V, c/c 29, *caput*, e 14, II, 157, § 2º, I e II, 157, § 2º, I, II e V, 157, § 2º, I, II e III, 155, § 4º, I e IV, c/c 14, II, 288, parágrafo único, e 307, todos do Código Penal, em face de acórdão da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Santa Catarina que denegou a ordem nos seguintes termos:

HABEAS CORPUS. PACIENTE PRONUNCIADO POR INFRAÇÃO AOS ARTS. 121, § 2º, INCS. IV E V, C/C 29, *CAPUT*; 121, § 2º, INCS. IV E V, C/C 29, *CAPUT*; 121, § 2º, INC. V, C/C 29 E 14, INC. II; 157, § 2º, INCS. I E II; 157, § 2º, INCS. I, II E V; 157, INCS. I, II E III; 155, § 4º, INCS. I E IV, C/C 14, INC. II; 288, PARÁGRAFO ÚNICO; E 307, TODOS DO CÓDIGO PENAL E ART. 14, *CAPUT*, DA LEI N. 10.826/03. SUSTENTADAS IRREGULARIDADES NA PRISÃO EM FLAGRANTE. DISCUSSÃO PREJUDICADA ANTE A SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA DE PRONÚNCIA. ALEGAÇÃO DE INÚMERAS NULIDADES NA AÇÃO PENAL. HIPÓTESE QUE DEMANDA UM ESTUDO APROFUNDADO DAS PROVAS, O QUE TORNA INVIÁVEL O RECONHECIMENTO NA VIA ESTREITA DO *WRIT*. AVENTADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DA SENTENÇA DE PRONÚNCIA NO QUE TANGE À PRISÃO DO PACIENTE. INOCORRÊNCIA. TOGADO QUE, MUITO EMBORA DE FORMA CONCISA, EXPÕS A RAZÃO DE CONVENCIMENTO QUE O LEVOU À MANUTENÇÃO DA SEGREGAÇÃO CAUTELAR. ARGÜIÇÃO DE EXCESSO DE PRAZO. NÃO OCORRÊNCIA. PACIENTE PRONUNCIADO. APLICAÇÃO DA SÚMULA N. 21 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E DENEGADA.

Originalmente, foi impetrado *habeas corpus*, com pedido liminar, em favor de SAMUEL KUSS DA COSTA, que neste ato identificaram como sendo **YURE DE OLIVEIRA FERNANDES**, preso em flagrante em 27.07.06 e pronunciado nos Autos n. 061.06.003452-2, pela prática, em tese, dos delitos tipificados nos artigos 121, § 2º, IV e V, c/c 29, *caput*; 121, § 2º, IV e V, c/c 29, *caput*; 121, § 2º, V, c/c 29 e 14, II; 157, § 2º, I e II; 157, § 2º, I, II e V; 157, I, II e III; 155, § 4º, I e IV, c/c 14, II; 288, parágrafo único; e 307, todos do Código Penal e artigo 14, *caput*, da Lei n. 10.826/03, objetivando a liberação do paciente, a anulação do processo *ab initio* e a expedição de ofícios aos órgãos responsáveis pelo registro de identidade nos Estados de Santa Catarina, Paraná e São Paulo para retificação dos dados do paciente.

Asseveraram que o paciente sofre constrangimento ilegal em razão de irregularidades na prisão em flagrante (ausência de fundamentação idônea, incompetência territorial da autoridade policial que lavrou o auto de prisão, vícios na comunicação da segregação ao Poder Judiciário), da extrapolação do prazo de encerramento do inquérito policial e de oferecimento da denúncia, previstos, respectivamente, nos artigos 10 e 46, ambos do Código de Processo Penal, bem como por estar sendo acusado de ser terceira pessoa (Samuel Kuss da Costa). Sustentaram, também, que o feito encontra-se eivado de inúmeras nulidades, dentre elas: a) terem sido realizadas inúmeras audiências sem que o paciente estivesse presente, o que prejudicou a auto-defesa e a realização do reconhecimento pessoal; b) ausência de entrevista reservada do paciente com seu patrono; c) colidência de defesa; d) pela ineficiência da defesa técnica; e) o patrono do acusado não ter acesso a todas as provas arquivadas em cartório; f) as alegações derradeiras terem sido ofertadas por advogado que não foi nomeado pelo magistrado, nem constituído pelo réu; g) excesso de linguagem na sentença de pronúncia; h) realização da interceptação telefônica em desacordo com os ditames da Lei n. 9.296/96; i) falta de intimação da defesa acerca da juntada aos autos

das transcrições telefônicas; j) reconhecimento pessoal não ter observado os ditames do art. 226 do Código de Processo Penal; l) incompetência do juízo para julgar o crime de roubo ocorrido no Supermercado Angeloni. Alegaram que a sentença de pronúncia carece de fundamentação em relação à manutenção da segregação do paciente. Defenderam, ainda, a ocorrência de excesso de prazo, destacando que o paciente se encontra preso em unidade prisional de segurança máxima (Penitenciária Federal de Catanduvás) e em regime disciplinar diferenciado há mais de um ano.

A Segunda Câmara Criminal, por unanimidade, denegou a ordem sob os seguintes fundamentos:

1) No que tange à prisão em flagrante, bem como à extrapolação do prazo de encerramento do inquérito policial e de oferecimento da denúncia, o pleito está prejudicado. Isto porque, ante o surgimento do novo decreto prisional que veio motivado na sentença de pronúncia, as irrisignações quanto aquela prisão não são mais palco do debate.

2) Quanto aos supostos vícios do feito, tem-se que o *writ* não merece ser conhecido. Com efeito, é cediço que não existe impedimento legal para o emprego de habeas corpus quando a análise de eventuais nulidades da ação penal dispensar o exame minucioso de provas. Entretanto, a hipótese em comento demanda um exame mais acurado do material probante, não constituindo o presente remédio constitucional meio processual adequado para tal desiderato.

3) No tocante à alegação de ausência de motivos para a manutenção da prisão cautelar, melhor sorte não socorre aos impetrantes. Nota-se que o parecer da representante do Ministério Público, acolhido como razões de decidir pelo magistrado ao indeferir pedido de liberdade provisória interposto pelo paciente e pelos co-réus José Aparecido da Silva, Robson Rodrigues de Jesus e Maurício Rodrigues da Silva, bem ressaltou *"trata-se de elementos perigosos, com extensa ficha criminal, de maneira que soltos com-*

prometerão a tranquilidade da lei penal, estando presentes, assim, os requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal" (fl. 1006 do anexo).

4) Na sentença de pronúncia, o MM. Juiz salientou que, subsistindo as razões que deram azo à segregação cautelar do paciente, a conservação desta, conseqüência da sentença de pronúncia, nos termos do § 1º do art. 408 do Código de Processo Penal (redação anterior à edição da Lei n. 11.689/08), não configura constrangimento ilegal.

5) Por fim, não há falar em constrangimento ilegal decorrente de excesso de prazo para a formação da culpa. Os prazos processuais não devem ser interpretados de maneira literal, e sim sob o signo do princípio da razoabilidade. Assim, ainda que excedido o prazo calculado pela doutrina e pela jurisprudência para o encerramento do processo, não se configura de imediato o constrangimento ilegal.

Não fosse isso, compulsando-se os autos, retira-se que no dia 28 de novembro de 2007 ocorreu a pronúncia do paciente nas sanções descritas nos arts. 121, § 2º, IV e V, c/c 29, *caput*; 121, § 2º, IV e V, c/c 29, *caput*; 121, § 2º, V, c/c 29 e 14, II; 157, § 2º, I e II; 157, § 2º, I, II e V; 157, I, II e III; 155, § 4º, I e IV, c/c 14, II; 288, parágrafo único; e 307, todos do Código Penal e artigo 14, *caput*, da Lei n. 10.826/03.

Deste modo, resta superado eventual excesso de prazo para a conclusão da instrução criminal, pois aplicável a Súmula 21 do Colendo Superior Tribunal de Justiça, assim vazada: *"Pronunciado o réu, fica superada a alegação de constrangimento ilegal da prisão por excesso de prazo na instrução"*.

Indeferida a liminar e dispensadas as informações, foi dada vista ao Ministério Público Federal, que opinou pela denegação da ordem.

Relatados os autos, passo ao voto.

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG) (Relatora): A presente ordem visa a soltura do paciente, preso em flagrante em 27-7-06 e pronunciado pela prática, em tese, dos delitos tipificados nos artigos 121, § 2º, IV e V, *c/c* 29, *caput*; 121, § 2º, IV e V, *c/c* 29, *caput*; 121, § 2º, V, *c/c* 29 e 14, II; 157, § 2º, I e II; 157, § 2º, I, II e V; 157, I, II e III; 155, § 4º, I e IV, *c/c* 14, II; 288, parágrafo único; e 307, todos do Código Penal e artigo 14, *caput*, da Lei n. 10.826/03.

Considerando que a Segunda Câmara Criminal conheceu parcialmente do *writ*, há que ressaltar que as questões de direito que foram efetivamente julgadas pelo Tribunal *a quo* foram a prisão em flagrante, o prazo para o encerramento do inquérito policial e oferecimento da denúncia, a ausência de motivos para a manutenção da prisão cautelar e a ausência de fundamentação da sentença de pronúncia. Neste último ponto, vale destacar que, neste momento, a impetração sustenta justamente o excesso de linguagem.

Quanto à alegação de incompetência do juízo para julgar o crime de roubo ocorrido no Supermercado Angeloni, a decisão de fl. 1.016 deixa claro que o processamento e julgamento dos crimes contra a vida atraiu todos os demais crimes cuja conexão foi reconhecida.

Quanto à alegação de irregularidade da prisão em flagrante, tem-se que eventuais defeitos porventura existentes no auto de prisão em flagrante não têm o condão de, por eles mesmos, contaminarem o processo e ensejarem a soltura do réu, ainda mais se os autos demonstram ter havido o recebimento da denúncia e o motivado indeferimento do pedido de liberdade provisória.

Quanto à alegação de excesso de prazo para conclusão do inquérito, deve-se ressaltar que o argumento se apresenta tardio diante do momento

processual em que se encontra a ação penal instaurada em desfavor do paciente, que já foi pronunciado, razão pela qual incide o verbete da Súmula 21/STJ.

Quanto ao resto, o acórdão *a quo* não tratou de nenhuma das alegações de vícios do feito, sob o fundamento de impedimento legal para o emprego de *habeas corpus* quando a análise de eventuais nulidades da ação penal dispensar o exame minucioso de provas.

No que diz respeito às nulidades invocadas, não pode este Tribunal examiná-las originariamente, porquanto o Tribunal do Estado de Santa Catarina não as examinou, por entender que implicaria em exame aprofundado das provas.

Não pode este Tribunal examinar matéria não examinada pelo Tribunal *a quo*, sob pena de supressão de instância, além de, acertadamente, aquela Corte ter entendido, como aqui se entende, que a o exame de nulidades, salvo quando constatáveis de plano, importa em revolvimento da prova, o que esta estreita via não comporta, bem como o prejuízo, que é requisito do reconhecimento de nulidade, não foi demonstrado.

Assim, as alegações de cerceamento de defesa pelo indeferimento da oitiva de testemunhas arroladas pela defesa para o Plenário, de colidência de defesa, de ausência de entrevista reservada do paciente com seu patrono, de falta de apresentação da defesa prévia, de cobrança de honorários pelo defensor dativo, de realização de inúmeras audiências sem que o paciente estivesse presente, o que prejudicou a autodefesa e a realização do reconhecimento pessoal, de excesso de linguagem na sentença de pronúncia, de realização da interceptação telefônica em desacordo com os ditames da Lei n. 9.296/96, de irregularidade na aplicação do regime disciplinar diferenciado, de sentença de pronúncia que carece de fundamentação, bem como de ausência de prova de que o paciente e SAMUEL KUSS DA

COSTA são a mesma pessoa precisariam ser antes julgadas pela Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

Ante o exposto, conheço parcialmente do *writ* para lhe denegar a ordem.

É o voto.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA

Recurso em Mandado de Segurança n. 10.139/SC (1998/0062768-5)

Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura

Recorrente: Maria Madalena Comparin

Advogados: Drs. Milton Pascoto e outro

T. Origem: Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina

Impetrado: Desembargador Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina

Recorrido: Estado de Santa Catarina

Advogados: Drs. Osmar José Nora e outro(s)

EMENTA

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. VARA CRIMINAL. DESIGNAÇÃO PARA FUNÇÃO DE ESCRIVÃ EM SUBSTITUIÇÃO. DIREITO À DIFERENÇA DE REMUNERAÇÃO. ART. 27, VI, DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE SANTA CATARINA. DESNECESSIDADE DE AFERIÇÃO DA LEGALIDADE DA DESIGNAÇÃO.

1. O art. 27, VI, da Constituição do Estado de Santa Catarina é expresso ao estabelecer que é devido ao funcionário, designado a responder por expediente diverso do seu, a mesma remuneração percebida pelo titular da função.

2. Desnecessária perquirir se a própria designação foi equivocada, pois certo é que efetivamente a recorrente ocupou (ou ocupa) função diversa da sua, que, por si só, já é argumento suficiente para ser titular do direito a perceber a diferença existente entre sua função originariamente ocupada e a função que ocupa.

3. Recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça: "Prosseguindo no julgamento após o voto-vista antecipado do Sr. Ministro Paulo Gallotti acompanhando a Relatoria, seguido pelo Sr. Ministro Nilson Naves, a Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora." Os Srs. Ministros Nilson Naves e Paulo Gallotti votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Og Fernandes e Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP).

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nilson Naves.

Brasília, 10 de fevereiro de 2009 (Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura

Relatora

RELATÓRIO

Trata-se de recurso em mandado de segurança, interposto por Maria Madalena Comparini, contra acórdão do egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina, que denegou o *mandamus* impetrado contra ato do Presidente daquele Sodalício, em que se requeria a manutenção do percebimento dos valores referentes à diferença entre o cargo da recorrente e o cargo em substituição que ele ocupava.

Dão conta os autos de que a recorrente era funcionária da 2ª Vara Criminal de Chapecó/SC quando foi designada para exercer a função de escrivã daquela mesma vara, em razão da designação da titular como escrivã do Juizado Especial de Causas Cíveis do citado município.

Passo seguinte, a recorrente teve reajustado seus vencimentos no tocante à diferença entre a função exercida e a função para a qual foi designada.

Contudo, em certa data, a administração deixou de efetuar o pagamento desta diferença. Requerido administrativamente o restabelecimento desta diferença, o pedido foi negado pelo Presidente do Tribunal de Justiça Catarinense.

Impetrado o *mandamus*, foi este denegado por entender o Tribunal de origem, que o estatuto dos funcionários de Santa Catarina apenas defere o pagamento dos vencimentos referentes ao cargo ocupado em substituição, quando este cargo se encontra vago, situação esta que não se configura na espécie, em razão da inexistência de vacância do cargo de escrivã da Vara Criminal de Chapecó/SC.

Em seu recurso ordinário, sustenta a recorrente, em síntese, que a Constituição do Estado de Santa Catarina, em seu art. 27, expressamente determina o percebimento, pelo funcionário público, da diferença de valores, quando haja substituição ou designação para outra função.

Sustenta que, ainda que se aceitasse a alegação de que o cargo não se encontra vago, certo é que ela foi desviada de sua função, fazendo jus ao percebimento das diferenças pela efetiva realização de labor diverso do seu.

Em contra-razões, o recorrido pugna pela manutenção do aresto combatido.

O Ministério Público opinou pela denegação da ordem.

É o relatório.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):
A questão que se põe em debate é saber se a recorrente, ao ser designada para exercer a função de escrivã da Vara Criminal de Chapecó/SC, mesmo tal função não estando vaga, teria direito a perceber os valores relativos a diferença entre a sua função originariamente ocupada e a função para a qual foi designada.

Para a análise da questão, mister conferir o que dispõe o art. 27, VI, da Constituição do Estado de Santa Catarina:

Art. 27 — São direitos dos servidores públicos sujeitos ao regime jurídico único, além de outros estabelecidos em lei:

[...]

VI — remuneração do titular quando em substituição ou designado para responder pelo expediente;

Da análise da norma, extrai-se que é devido ao funcionário, designado a responder por expediente diverso do seu, a mesma remuneração percebida pelo titular da função.

Diante de tal fato, é que não vejo como deixar de dar aplicabilidade ao dispositivo da Constituição Estadual.

Cabe, todavia, rechaçar a alegação do acórdão recorrido, ao denegar a segurança.

Este foi argumento utilizado por aquele Sodalício, após citar o art. 39 do Estatuto dos Servidores Públicos de Santa Catarina, que estabelece a possibilidade de designação apenas para os cargos que estejam vagos:

"Ora, sabe-se que ao servidor que se encontra em substituição ou designação para responder pelo expediente é garantida a remuneração do titular (art. 27, VI, da CE), todavia, isso ocorre nos casos em que houver vacância do cargo".

Contudo, não coaduno com o entendimento esposado por aquela Corte.

É que a Constituição Estadual é expressa ao determinar que é devido ao funcionário, designado a responder por expediente diverso do seu, a mesma remuneração percebida pelo titular da função. De uma análise rápida, até porque não é objeto do processo, não vejo como se pudesse restringir o alcance da citada norma constitucional, sobretudo porque tal norma apenas impediu que o Estado se locupletasse indevidamente, nomeando servidores para funções diversa, sem remunerá-lo por este desvio de função.

Entendo incorreta a interpretação dada pela Corte de origem, que afastou a aplicação da norma constitucional estadual, por existir lei ordinária (estatuto dos funcionários públicos estaduais) que restringe ou, porque não, impossibilita a aplicação desta norma suprema.

Outrossim, não importa se a própria designação foi equivocada, certo é que efetivamente a recorrente ocupou (ou ocupa) função diversa da sua, que, por si só, já é argumento suficiente para a concessão da segurança.

Ressalte-se que, a fazer valer a interpretação propugnada pelo Tribunal Catarinense, inúmeras ilegalidades poderiam ser verificadas, pois bastaria o Estado não declarar vaga uma função para que tivesse a legitimidade de atribuir tal função a qualquer funcionário sem remunerar o funcionário por este desvio de função.

Ademais, entendo que, se o funcionário efetivamente realizou labor diverso do seu, de grau mais elevado que o seu, é incontestado o seu direito de perceber as diferenças entre a função originariamente ocupada e a função que passou a ocupar, independente de qualquer limitação, sob pena de se prejudicar tal servidor.

Esta Corte, ao analisar casos em que havia desvio de função, assim se manifestou:

"AGRAVO REGIMENTAL. SERVIDOR PÚBLICO. FUNÇÃO DE CONFIANÇA. GRATIFICAÇÕES E VANTAGENS NA APOSENTADORIA. DESVIO DE FUNÇÃO. INEXISTÊNCIA DE NORMA LEGAL AUTORIZADORA. DIREITO APENAS AOS VALORES REFERENTES AO CARGO ENQUANTO EXERCIDO.

1. [...]

2. A jurisprudência do STJ se firmou no sentido de que o servidor público, que atue em desvio de função, tem direito apenas a perceber a diferença de remuneração referente ao cargo que ocupa, enquanto exercente de tal cargo. Precedentes.

3. Agravo regimental improvido" (AgRg no REsp. n. 541.388/SC, de minha relatoria, Sexta Turma, DJ 9-10.2006.

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. DESVIO DE FUNÇÃO. DIFERENÇAS SALARIAIS DEVIDAS. DECISÃO AGRAVADA MANTIDA PELOS SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS.

1. Nos termos da pacífica jurisprudência desta Corte, são devidos ao servidor que trabalhou em desvio de função, à título de indenização, os valores resultantes da diferença entre os vencimentos do cargo ocupado e da função efetivamente exercida, sob pena de locupletamento indevido da Administração. Precedentes.

2. [...]

3. Agravo regimental desprovido" (AgRg no REsp. n. 396.704/RS, rela. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, DJ 1º-8-2005).

Dessa forma, na linha do art. 27, VI, da Constituição do Estado de Santa Catarina e dos precedentes citados, tenho que deve ser concedida a segurança para que a recorrente perceba a diferença a maior relativa a função de escrivão ocupada.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso ordinário para reformar o acórdão recorrido, concedendo a segurança e determinando o pagamento à recorrente, desde à impetração, das diferenças existentes entre sua função originariamente ocupada e a função de escrivão judicial da Vara de Chapecó que esta passou a ocupar.

É como voto.

VOTO-VISTA

O SENHOR MINISTRO PAULO GALLOTTI: Cuida-se de recurso ordinário em mandado de segurança, com fundamento no artigo 105, II, *b*, da Constituição Federal, interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina assim ementado:

"MANDADO DE SEGURANÇA — IMPETRAÇÃO CONTRA ATO DO PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA QUE CANCELOU O RECEBIMENTO DA GRATIFICAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO DO CARGO DE ESCRIVÃO JUDICIAL TÉCNICO JUDICIÁRIO AUXILIAR — FUNCIONÁRIA DESIGNADA POR PORTARIA SUBSCRITA PELA JUÍZA DE DIREITO PARA RESPONDER PELO EXPEDIENTE DO CARTÓRIO, ANTE A RELOTAÇÃO DA TITULAR EM OUTRAS VARA QUE, TODAVIA, DESLOCOU CONSIGO O CARGO — ATO NULO EM VIRTUDE DA INEXISTÊNCIA DE VACÂNCIA — AUSÊNCIA DE LIQUIDEZ DO DIREITO, *EX VI* DO ARTIGO 39 DO ESTATUTO DOS FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS — DENEGAÇÃO DO *WRIT*."

Consoante estabelece o artigo 39 da Lei n. 6.745/1988, somente tem direito à remuneração estabelecida no art. 27, VI, da CE, o funcionário designado para responder pelo expediente nos casos de vigência do cargo do titular.

Detectado o vício no ato administrativo ordinário interno, mister se faz a sua cassação, bem como a cessação imediata de sua operatividade".

A recorrente, reeditando as teses da impetração, afirma, com base no contido no 27, VI, da Constituição do Estado de Santa Catarina, possuir o direito líquido e certo de perceber a gratificação de substituição no período em que foi designada para responder pelo expediente da 2ª Vara Criminal e de Execuções Penais da comarca de Chapecó.

A relatora, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, dá provimento ao recurso.

Para melhor exame, pedi vista dos autos.

É do seguinte teor o artigo 27, VI, da Constituição do Estado de Santa Catarina, *verbis*:

"Artigo 27 — São direitos dos servidores públicos sujeitos ao regime jurídico único, além de outros estabelecidos em lei:

[...]

VI — remuneração do titular quando em substituição ou designado para responder pelo expediente".

Ora, demonstrado nos autos que a recorrente exerceu a função de escritvã, designada que foi por ato da titular da 2ª Vara Criminal, não se pode deixar de reconhecer, diante da clareza do aludido dispositivo da Carta Política de Santa Catarina, o direito líquido e certo de perceber a respectiva remuneração.

Ante o exposto, não tenho dúvida em acompanhar o bem fundamentado voto da Ministra Maria Thereza, dando provimento ao recurso.

É como voto.

**TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DE SANTA CATARINA**

TRIBUNAL PLENO

ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE EM APELAÇÃO CÍVEL

Argüição de Inconstitucionalidade em Apelação Cível n. 2007.010076-5/0001.00, de Joinville

Relator: Des. Vanderlei Romer

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. SERVIÇO FUNERÁRIO. SISTEMA DE RODÍZIO INSTITUÍDO PELA LEI N. 3.536/97 E PELO DECRETO N. 10.743/02, DO MUNICÍPIO DE JOINVILLE. OFENSA, EM TESE, AO ARTIGO 6º, INCISO II, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E AOS PRINCÍPIOS DA LIVRE CONCORRÊNCIA E DA DEFESA AO CONSUMIDOR, CONSAGRADOS NO ARTIGO 170 DA MAGNA CARTA. AUTONOMIA NORMATIVA DO MUNICÍPIO LIMITADA AO COMANDO CONSTITUCIONAL DO ESTADO. IMPOSSIBILIDADE, POIS, DE LEGISLAR CONTRARIAMENTE A ESTE E À UNIÃO FEDERAL. INCONSTITUCIONALIDADE

1. Conquanto seja da competência do município regular a prestação dos serviços funerários no seu âmbito territorial (artigo 30, inciso V, da Carta Maior), deve, no exercício de tal mister, conformar-se à disciplina constitucional.

2. Não é inconstitucional o sistema de rodízio em si, desde que o consumidor possa, em o querendo, optar pelos serviços fúnebres de outra empresa que não a de plantão. O que é inconstitucional

é a obrigatoriedade do consumidor se sujeitar exclusivamente a tal sistema, de forma a impedir que se possa, mesmo com o rodízio, escolher outra prestadora desses serviços.

3. Por corolário, põe em xeque a observância do princípio constitucional da defesa do consumidor e da livre concorrência, consagrado pela Constituição Federal.

4. "O princípio constitucional da livre concorrência tem mesmo um caráter instrumental, pois a concorrência não constitui um fim em si mesma. Entretanto, detectada sua presença numa dada realidade, dali se extraem conseqüências importantes: o preço de produtos e serviços corresponderá ao estipulado pelo livre jogo das forças do mercado no justo equilíbrio entre a procura e a oferta, com significativos benefícios, no mais das vezes, para os consumidores e para a coletividade em geral. [...] o papel reservado ao poder público, neste particular, é o de fomentar a livre concorrência. As realidades e condutas que se mostrem atentatórias ao princípio necessitam ser expungidas, pena de o poder econômico abusar de sua condição, com nefastos efeitos para os demais agentes, para os consumidores e para a sociedade em geral. [...] Ao Estado, então, é deferida a relevante tarefa de velar pela regularidade do mercado. Ao disciplinar normativamente a defesa da concorrência, deve mesmo estabelecer um conjunto de regras que tenham por objetivo a intervenção do Estado na vida econômica, de modo a garantir que a competição das empresas no mercado não seja falseada por meio de práticas colusórias ou abusivas. Por outro lado, há de se ter em conta que o poder econômico não é apenas um elemento da realidade. É mesmo um dado constitucionalmente institucionalizado, normatizado, normalizado. Mas se a livre concorrência constitui princípio conformador da atividade econômica (CF, art. 170, IV) esclarece o §

4º do art. 173 que a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à eliminação da concorrência, à dominação dos mercados e ao aumento arbitrário dos lucros" (Lafayette Josué Petter, in *Princípios Constitucionais da Ordem Econômica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 223).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Arguição de Inconstitucionalidade em Apelação Cível n. 2007.010076-5/0001.00, da comarca de Joinville (1ª Vara da Fazenda Pública), em que é argüinte a egrégia Primeira Câmara de Direito Público:

ACORDAM, em Tribunal Pleno, por maioria de votos, julgar parcialmente procedente a arguição de inconstitucionalidade, vencido o Exmo. Sr. Des. Newton Trisotto que julgava improcedente a argüição.

RELATÓRIO

O relatório de fls. 507-509 está assim vazado:

Trata-se de ação ordinária de declaração de nulidade de exigência administrativa c/c pedido de tutela antecipada ajuizada por Ademir Sobral de Jesus – Firma Individual e Administração de Assistência Familiar Joinvida Ltda. contra o município de Joinville, Martins & Araldi Ltda., Funerária Noiva do Mar Ltda. e Siqueira & Cia. Ltda.

Buscam os autores o reconhecimento da nulidade da exigência municipal concernente à obrigatoriedade da observância do sistema de rodízio para a prestação de serviços funerários, instituído pela Lei Municipal n. 3.356/97. Aduziram que tal sistema, com o conseqüente afastamento da concorrência, levou a um evidente comodismo das permissionárias, que "simplesmente pararam no tempo", porque certas de que seus serviços serão solicitados em algum momento. Ocorre que a imposição legal ora questionada vem gerando uma série de reclamações de toda ordem pelos usuários.

Salientaram que é manifesta a afronta ao artigo 170 da Magna Carta, bem como ao § 4º do artigo 173 do mesmo Diploma, que visa à eliminação da concorrência. Argumentaram que, conquanto o Município goze de autonomia política, e, por conseguinte, de competência para organizar o serviço público funerário, dita regulamentação não pode contrariar os princípios constitucionais básicos da atividade econômica.

Mencionaram, outrossim, o artigo 1º da Lei n. 8.884/94, Lei Antitruste, bem como o Código de Defesa do Consumidor, que obriga a prestação de serviços adequados, eficientes e seguros, assegurada ao consumidor, ainda, a liberdade de escolha, que se constitui em direito básico do usuário.

Relataram, ainda, que a segunda autora intentou, mediante requerimento dirigido ao Chefe do Poder Executivo, desobrigar-se da escala de plantões, a fim de que pudesse atender aos seus filiados por meio da primeira requerente. O pleito, contudo, foi indeferido.

Forte em tais razões, suscitaram a inconstitucionalidade do artigo 7º da Lei n. 3.365/97 e, por corolário, a procedência da pretensão inaugural.

A inicial veio instruída com farta documentação, dentre as quais se destacam precedentes do Tribunal de Justiça do Paraná que versam sobre a matéria.

Em contestação, o município de Joinville asseverou que as requerentes, antes mesmo de terem iniciado as suas atividades, tinham plena ciência das disposições legais que agora impugnam. A par disso, salientou, o sistema de rodízio foi previsto no edital de licitação, e teve por fim resguardar o interesse público. Alegou que, conquanto o exercício da atividade econômica seja livre, ela está sujeita a condicionamentos administrativos.

Ofereceram defesa, ainda, a Martins & Aroldi (fls. 305-314), a Funerária Noiva do Mar (fls. 348 a 354), e a Siqueira e Cia. Ltda. (fls. 361-364).

Intimidadas, as autoras sinalizaram que há conexão entre a presente actio e a ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público, que versa, por igual, sobre o sistema de rodízio adotado no município de Joinville.

Reconhecida a conexão, com a conseqüente reunião dos processos, a MM^a Juíza rejeitou a pretensão inaugural, o que deu azo à interposição de recurso de apelação cível pelas vencidas.

Na pugna pela reforma, alinharam os argumentos que seguem: a) a aplicabilidade dos artigos 170, inciso I, 173, § 4º da Magna Carta ao serviço público; b) a presunção de que os serviços prestados são eficientes e seguros foi derruída pela insatisfação popular, manifestada em diversas ações ajuizadas perante o Poder Judiciário; c) a observância obrigatória da livre iniciativa e da livre concorrência, primados constitucionais e consagrados, ainda, pela Lei n. 8.880/94, olímpicamente ignorada na sententia; d) e a inafastável violação ao Código de Defesa do Consumidor, em especial o artigo 6º, inciso II, que consagra a liberdade de escolha do usuário.

Com as contra-razões, alçaram os autos.

Nesta instância, a douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela reforma do veredicto.

Em sessão de julgamento, o eminente Desembargador Newton Janke manifestou-se, de ofício, pela sua suspensão para que fosse suscitado incidente de inconstitucionalidade do artigo 7º da Lei n. 3.536/97 em face do artigo 170, incisos IV e V da Constituição Federal e do artigo 150 da Constituição Estadual, sendo neste sentido a decisão da Primeira Câmara de Direito Público.

O *Parquet* pronunciou-se pela procedência da argüição.

VOTO

É conexo ao presente feito a Argüição de Inconstitucionalidade em Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2007.010043-5, julgada nesta mesma sessão de julgamento.

Os fundamentos que alicerçaram a conclusão pelo seu acolhimento são, por óbvio, exatamente as mesmas.

Ab initio, é salutar dizer da competência legislativa do Município para regulamentar o serviço funerário, por se tratar de matéria de interesse local (artigo 30, incisos I e V CF).

Nesse sentido, a lição de Hely Lopes Meirelles:

O serviço funerário é da competência municipal, por dizer respeito a atividades de precípua interesse local, quais sejam, a confecção de caixões, a organização de velório, o transporte de cadáveres e a administração de cemitérios. As três primeiras podem ser delegadas pela Municipalidade, com ou sem exclusividade, a particulares que se proponham a executá-las mediante concessão ou permissão, como pode o Município realizá-la por suas repartições, autarquias ou entidades paraestatais.

Quando delegados esses serviços particulares, serão executados sob fiscalização e controle da Prefeitura, para que se assegurem o bom atendimento do público e a modicidade das tarifas. Este poder de regulamentação é irrenunciável e pode ser exercido ainda que omitido na delegação, porque a polícia mortuária e a fiscalização dos serviços concedidos são atributos do Município, como entidade delegante (Direito Municipal Brasileiro, 10. Ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 339).

O Pretório Excelso já se pronunciou a respeito, tendo deixado asentado que:

CONSTITUCIONAL. MUNICÍPIO. SERVIÇO FUNERÁRIO. CF. ARTIGO, 30, V.

Os serviços funerários constituem serviços municipais, dado que dizem respeito com necessidades imediatas do Município. CF, art. 30, V.

Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente (ADI n. 1.221-5/RJ, rel. Min. Carlos Velloso).

Do exposto sobressai, além da competência municipal, a possibilidade de o ente público prestar direta ou indiretamente o serviço funerário.

No caso do município de Joinville, optou-se pela delegação mediante permissão, conforme previsto na Lei n. 3.536/97. Estabeleceu o legislador, outrossim, que as permissionárias, selecionadas mediante licitação, deveriam operar em sistema de rodízio.

É o que determina o artigo 7º, ora questionado:

As permissionárias, no atendimento aos usuários, manterão uma central de atendimento do serviço funerário, com supervisão permanente do Poder Público Municipal, através da unidade administrativa competente com o objetivo de sistematizar a divisão eqüitativa do número de atendimentos entre todas as permissionárias, em forma de rodízio, de maneira a proporcionar a prestação do serviço igualmente, afastando a figura da concorrência e a prática do agenciamento na busca de clientes.

§1º O órgão fiscalizador fará constar no regulamento o número de identificação de cada funerária, o funcionamento do rodízio e os demais itens relativamente a Central de Atendimento a que alude o *caput* desse artigo.

§2º Os serviços gratuitos referidos no artigo 3º desta Lei serão efetuados pelo sistema de rodízio previsto para a prestação do serviço funerário oneroso.

O inciso I do artigo 3º do Decreto n. 10.473/02, que aprovou o regulamento da legislação suso, refere-se também ao rodízio.

Aí se situa o cerne da controvérsia.

Sim, porque em que pese a competência municipal para dispor sobre a prestação do serviço, deve, no exercício de tal mister, conformar-se à disciplina legal hierarquicamente superior e aos princípios constitucionais.

Ora, a ninguém é dado ignorar que o:

[...] sistema obedece a ordenamento jurídico escalonado e por isso hierarquizado por normas de natureza constitucional e ordinárias, desde a federal, estadual e municipal, sendo uma predominantes sobre a outras. Assim, como na organização federativa, os municípios possuem autonomia normativa limitada ao comando cons-

titucional do Estado, não podem legislar contrariamente a este e nem à União Federal (ADin n. 70007911167, rel. Des. Alfredo Guilherme Englert).

Ainda sob esse enfoque:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI MUNICIPAL. LIVRE CONCORRÊNCIA. AFRONTA A CARTA ESTADUAL E FEDERAL. Como na organização federativa, os municípios possuem autonomia normativa limitada ao comando constitucional do Estado, não podem legislar contrariamente a este e nem à União. Artigos 157-V e 266 da Constituição do Estado e art. 170-IV e V da Constituição Federal. Ação julgada procedente (rel. Des. Clarindo Favretto, j. dia 26-5-03).

Vale transcrever, por igual, excerto da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2005.00.2.004912-4, do egrégio Tribunal de Justiça do Distrito Federal, relator o Desembargador Natanael Caetano:

Conforme já se manifestou a Suprema Corte, "O Estado, em tema de restrição à esfera jurídica de qualquer cidadão, não pode exercer a sua autoridade de maneira abusiva ou arbitrária" (MS 25.647-8, Min. Celso de Melo, Pleno). É necessário que a Administração busque um meio termo entre a limitação absoluta e a liberdade absoluta, pois não há razoabilidade nos extremos.

Na hipótese específica, muito embora a implementação do sistema de rodízio busque evitar, conforme previsto inclusive no *caput* do artigo 7º, o agenciamento de funerais e de cadáveres, prática sabidamente odiosa, a Constituição Federal, em seu artigo 170, determina que a ordem econômica está estabelecida na valorização do trabalho humano e na livre concorrência (inciso V) e, dentre outros, manda observar o princípio da defesa do consumidor (inciso IV).

Por sua vez, o artigo 173 prescreve que "a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros".

O eminente Ministro Luiz Fux, ao apreciar o Recurso Especial n. 744.602/RJ, bem ressalta que:

A exegese Pós-Positivista, imposta pelo atual estágio da ciência jurídica, impõe na análise da legislação infraconstitucional o crivo da principiologia da Carta Maior, que lhe revela a denominada 'vontade constitucional', cunhada por Konrad Hesse na justificativa da força normativa da Constituição. Nesse sentido, no afã de harmonizar os princípios ditados pela Carta Magna, verifica-se que a intervenção do Estado na ordem econômica, fundada na livre iniciativa, deve observar os princípios do direito do consumidor, objeto de tutela constitucional fundamental especial (CF, arts. 170 e 5º, XXXII).

O julgado traz em seu bojo valiosa lição doutrinária, de Rizzato Nunes, *in* Comentário ao Código de Defesa do Consumidor, São Paulo: Saraiva, 2005, 2ª ed., p. 59-63.

Antes de analisarmos os princípios indicados no título é importante lembrar que os princípios e normas constitucionais têm de ser interpretados de forma harmônica, ou seja, é necessário definir parâmetros para que um não exclua o outro e, simultaneamente, não se auto-exclua.

Isso, todavia, com já observamos, não impede que um princípio ou norma limite a abrangência de outro princípio ou norma.

[...]

Ao estipular como princípios a livre concorrência e a defesa do consumidor, o legislador constituinte está dizendo que nenhuma exploração poderá atingir os consumidores nos direitos a eles outorgados (que estão regradados na Constituição e também nas normas infraconstitucionais). Está também designando que o empreendedor tem de oferecer o melhor de sua exploração, independentemente de atingir ou não os direitos do consumidor. Ou, em outras palavras, mesmo respeitando os direitos do consumidor, o explorador tem de oferecer mais. A garantia dos direitos do consumidor é o mínimo. A regra constitucional exige mais. Essa ilação decorre do sentido da livre concorrência.

[...]

Também sobre a relevância do princípio da livre concorrência, confirmam-se os ensinamentos de Tércio Sampaio Ferras Júnior, citado em obra da autoria do Ministro Eros Grau:

A livre concorrência de que fala a atual Constituição como um dos princípios da ordem econômica (art. 170, IV) não é a do mercado concorrencial oitocentista de estrutura atomística e fluida, isto é, exigência estrita de pluralidade de agentes e influência isolada e dominadora de um ou uns sobre outros. Trata-se, modernamente, de um processo comportamental competitivo que admite graduações tanto de pluralidade quanto de fluidez. É este elemento comportamental – a competitividade – que define a livre concorrência. A competitividade exige, por sua vez, descentralização de coordenação como base da formação dos preços, o que supõe livre iniciativa e ação privada dos bens de produção. Neste sentido, a livre concorrência é forma de tutela do consumidor, na medida em que competitividade induz a uma distribuição de recursos a mais baixo preço. De um ponto de vista político, a livre concorrência é garantia de oportunidades iguais a todos os agentes, ou seja, é uma forma de desconcentração de poder. Por fim, de um ângulo social, a competitividade deve gerar extratos intermediários entre grandes e pequenos agentes econômicos, como garantia de uma sociedade mais equilibrada" (*apud* GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1998 (Interpretação e crítica)*. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001. p. 246).

Por fim, os ensinamentos de Lafayette Josué Petter, que, ao discorrer sobre o significado e o alcance do artigo 170 da Constituição Federal, anota que:

[...] o princípio constitucional da livre concorrência tem mesmo um caráter instrumental, pois a concorrência não constitui um fim em si mesma. Entretanto, detectada sua presença numa dada realidade, dali se extraem conseqüências importantes: o preço de produtos e serviços corresponderá ao estipulado pelo livre jogo das forças do mercado no justo equilíbrio entre a procura e a oferta, com significativos benefícios, no mais das vezes, para os consumidores e para a coletividade em geral" (*in* Princípios Constitucionais da Ordem Econômica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 223).

E prossegue:

[...] o papel reservado ao poder público, neste particular, é o de fomentar a livre concorrência. As realidades e condutas que se mostrem atentatórias ao princípio necessitam ser expungidas, pena de o poder econômico abusar de sua condição, com nefastos efeitos para os demais agentes, para os consumidores e para a sociedade em geral. [...]. Ao Estado, então, é deferida a relevante tarefa de velar pela regularidade do mercado. Ao disciplinar normativamente a defesa da concorrência, deve mesmo estabelecer um conjunto regras que tenham por objetivo a intervenção do Estado na vida econômica, de modo a garantir que a competição das empresas no mercado não seja falseada por meio de práticas colusórias ou abusivas. Por outro lado, há de se ter em conta que o poder econômico não é apenas um elemento da realidade. É mesmo um dado constitucionalmente institucionalizado, normatizado, normalizado. Mas se a livre concorrência constitui princípio conformador da atividade econômica (CF, art. 170, IV) esclarece o §4º do art. 173 que a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à eliminação da concorrência, à dominação dos mercados e ao aumento arbitrário dos lucros" (op. cit., p. 223).

Nesse passo, é factível que a forma como foi regulamentado o sistema de rodízio no município de Joinville põe em risco a livre concorrência, pois torna inócua a otimização dos produtos e dos serviços prestados pelas permissionárias.

Não fosse por todos esses motivos, a limitação imposta também não poderia vingar por afrontar, deliberadamente, o artigo 150 da Constituição Federal – "o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor".

É que patentemente subtraído do usuário o direito de escolher, como melhor lhe convir, a prestadora de serviços funerários. É, destarte, igualmente ofensivo ao artigo 6º do Codecon:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

[...]

II - a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, **asseguradas a liberdade de escolha** e a igualdade nas contratações (sem grifo no original);

[...].

Diga-se que é tal a importância a liberdade de escolha do consumidor, que está prevista também na Lei n. 8.987/95, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no artigo 175 da Constituição Federal.

Deveras, determina o inciso III do artigo 7º que é direito do usuário "obter e utilizar o serviço, com liberdade de escolha entre os vários prestadores de serviços, quando for o caso, observada as normas do poder concedente".

A título de complementação, é oportuno reproduzir parte da Propositura Legislativa n. 05.00128.200001, apresentado por vereadores da Câmara Municipal de Curitiba, disponível no site <http://domino.cmc.pr.gov.br/prop2000.nsf/83be48a2225d8fa4052569ba005c75af/47e063fb9282bbff03256a39004f095a?OpenDocument>, e que versa sobre o tema:

2. ILICITUDE DO SISTEMA DE RODÍZIO

Incompreensível, inadmissível e injustificável o malsinado sistema de rodízio de funerárias que opera em Curitiba. A Administração do Município tapa os olhos e faz ouvidos moucos para a cláusula da Cidadania: a liberdade de escolha.

O Brasil tem um dos mais avançados CÓDIGO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR, consubstanciado na Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990, estando explicitado em seu Art. 6º:

"São direitos básicos do consumidor: II – a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações; X – a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral."

Tais preceitos constituem cláusulas pétreas de direito do Consumidor. Tanto é que foram recepcionados pela Lei n. 8.987 de 13 de fevereiro de 1995, em seu art. 7º, que impõe:

"Sem prejuízo do disposto na Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990, são direitos e obrigações dos usuários: III – obter e utilizar o serviço, com liberdade de escolha entre vários prestadores de serviços, quando for o caso, observadas as normas do poder concedente. (Redação dada pela Lei n. 9.648, de 27.05.99)

De conseqüência, ante a norma expressa da legislação hierárquica superior, não há como o Poder Executivo de Curitiba impor uma prática que se situa na contramão do ordenamento legal e jurídico.

É o entendimento de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO ao deduzir fundamentos inerentes aos princípios de finalidade e de legalidade:

"Em rigor, o princípio da finalidade não é uma decorrência do princípio da legalidade. É mais que isto: é uma inerência dele; está nele contido, pois corresponde à aplicação da lei tal qual é; ou seja, na conformidade de sua razão de ser, do objetivo em vista do qual foi editada. Por isso se pode dizer que tomar uma lei como suporte para a prática de ato desconforme com sua finalidade não é aplicar a lei; é desvirtuá-la; é burlar a lei sob pretexto de cumpri-la. Daí por que os atos incursos neste vício – denominado desvio de poder ou desvio de finalidade – são nulos. Quem desatende o fim legal desatende a própria lei" (Obra citada, página 62).

A circunstância enseja o entendimento de que o Agente Público está deliberado a não observar princípio legal, assujeitando-se às cominações fixadas em lei, entre elas, a perda do mandato e a intervenção no Poder Executivo do Município.

O sistema de rodízio só traz benefícios para as empresas operadoras, eis que a falta de competitividade entre as permissionárias, ilide os fundamentos da livre concorrência no aspecto positivo, qual seja, a melhoria dos equipamentos e a renovação da frota. Basta que se vistorie os veículos funerários de algumas empresas para se comprovar o uso de veículos inadequados e com mais de 10(dez) anos de fabricação. Refiro-me ao modelo "caravan nacional", linha de produção foi descontinuada desde 1.992.

Mais uma vez, reportamo-nos aos ensinamentos do Prof. CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO:

"Segundo os cânones da lealdade e da boa-fé a Administração haverá de proceder em relação aos administrados com sinceridade e lhaneza, sendo-lhe interdito qualquer comportamento astucioso, evitado de malícia, produzido de maneira a confundir, dificultar ou minimizar o exercício de direitos por parte dos cidadãos" (Obra citada, p. 69).

Veja-se que tivesse a lei ressaltado que o sistema não impediria a livre escolha por parte dos familiares do *de cuius* da permissionária de sua preferência, a situação seria bem diversa.

Esse aspecto, aliás, foi destacado no relatório do Procedimento Administrativo n. 011/2003/15^a (fl. 161), que sugere o acréscimo de um parágrafo ao artigo 7º, com a seguinte redação:

§ 3º O sistema de rodízio não impedirá a livre escolha por parte dos familiares da pessoa falecida, garantindo o Poder Público a divisão eqüitativa., entre as permissionárias, nos próximos serviços, proibido o agenciamento na busca de clientes, sob qualquer forma.

A providência suso, por certo, manteria a liberdade da escolha do consumidor, bem como a preservação da livre concorrência.

No Parecer n. 1135/07, em procedimento que tratou da mesma matéria, a Procuradoria-Geral do município de Porto Alegre, instada a se manifestar sobre a possibilidade de ser adotado o sistema de rodízio para a indicação de empresas funerárias que comparecessem à Central de Atendimento Funerário, faz expressa referência à legalidade do sistema de rodízio, desde que assegurada a livre escolha, ou seja, admite-se a indicação se e somente se a família não possuir preferência por uma empresa e solicita expressamente tal indicação (http://lproweb.procempa.com.br/pmpa/prefpoa/pgm/usu_doc/p1135_07.doc).

Ao arremate, é de se destacar que, conforme a documentação acostada à exordial, o sistema de rodízio vem encontrando acirrada resistência por parte dos usuários no município de Joinville, e tem dado azo a práticas abusivas, tais como o não cumprimento da lei municipal que garante a gratuidade do serviço prestado às munições que recebem menos de dois salários mínimos, assim como a preços exorbitantes, malgrado o disposto no artigo 6º da Lei n. 3.536/97, o qual também é reputado como inconstitucional pela representante da Procuradoria-Geral de Justiça, Dra. Hercília Regina Lemke, também por afronta ao princípio da livre concorrência

É de rigor, pois, o reconhecimento da inconstitucionalidade do artigo 7º da Lei Municipal n. 3.536/97, bem como do inciso I do artigo 3º do Decreto n. 10.473, de 7 de fevereiro de 2002, por afronta ao artigo 170, incisos IV e V, da Constituição Federal, e artigo 150 da Carta Estadual.

Conveniente, agora, especificar os efeitos dessa declaração.

Ao discorrer a respeito da *quaestio*, leciona Alexandre de Moraes:

Declarada *incider tantum* a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo [...] desfaz-se, desde sua origem, o ato declarado inconstitucional, juntamente com todas as conseqüências dele derivadas, uma vez que os atos inconstitucionais são nulos e, portanto, destituídos de qualquer carga de eficácia jurídica, alcançando a declaração de inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo, inclusive, os atos pretéritos com base nela praticados. Porém, tais efeitos *ex tunc* (retroativos) somente tem aplicação para as partes e no processo em que houve a citada declaração. (Direito constitucional. 14. ed. São Paulo: Atlas, p. 593).

Ressalva o constitucionalidade, todavia, que "excepcionalmente, com base nos princípios da segurança jurídica e na boa-fé, será possível, no caso concreto, a declaração de inconstitucionalidade incidental com efeitos *ex nunc*, desde que razões de ordem pública ou social o exijam" (*op. cit.*, p. 593).

É o caso dos autos.

Pelo exposto, a argüição é julgada procedente para declarar, incidentalmente, a inconstitucionalidade do artigo 7º da Lei n. 3.536/97, do município de Joinville, o que, *ipso facto*, torna írrito o artigo 3º do Decreto 10.743/02, com efeitos *ex nunc* (a contar desta decisão).

O reconhecimento da eiva, note-se, dispensa o retorno do processo à Primeira Câmara de Direito Público para o equacionamento da celeuma.

Mudando o que deve ser mudado:

"Se o único fundamento da causa é a inconstitucionalidade de texto de lei, inexistindo matéria remanescente a ser decidida, é desnecessário que a Corte Especial devolva os autos ao órgão julgador que a suscitou, para completar-lhe o julgamento, devendo, desde logo, decidir o feito, a fim de evitar procrastinação incompatível com os princípios que regem o processo moderno" (STJ – EDAGInoRMS 1.178).

[...]

"Ipso facto, na espécie reconhecido que o conteúdo das normas, independentemente do Poder Legislativo ou de quem teve a sua iniciativa, apresenta vício insanável, por ofender a Magna Carta, a inconstitucionalidade de material é declarada, acarretando a procedência do pedido inaugural" (Argüição de Inconstitucionalidade em Apelação Cível n. 2005.032247-5/0001.00, rel. Des. Francisco Oliveira Filho).

À luz desse entendimento, conclui-se que estabelecida a inconstitucionalidade do sistema de rodízio, e uma vez que as autoras buscam tão-somente afastar a obrigatoriedade de tal sistema, tem-se que a solução preconizada no precedente é medida oportuna e salutar.

Reafirme-se que não se está vedando o rodízio em si, que pode continuar, desde que fique assegurada a livre escolha.

Logo, o pedido veiculado na exordial deve ser julgada procedente.

Respondem os réus, pelas custas do processo, exceção feita ao município de Joinville, e pelos honorários advocatícios, arbitrados em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

Por todo o exposto, julga-se parcialmente procedente a argüição nos termos da fundamentação e, sendo este o *punctum saliens* da ação, julga-se parcialmente procedente a pretensão formulada na inicial.

DECISÃO

Ante o exposto, o Tribunal Pleno decidiu, por maioria de votos, julgar parcialmente procedente a argüição de inconstitucionalidade, vencido o Exmo. Sr. Des. Newton Trisotto que julgava improcedente a argüição.

O julgamento, realizado no dia 19 de novembro de 2008, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Francisco Oliveira Filho, com voto, e dele participaram Eládio Torret Rocha, Wilson Augusto do Nascimento, Nelson Schaefer Martins, José Volpato de Souza, Sérgio Roberto Baasch Luz, Monteiro Rocha, Fernando Carioni, Torres Marques, Luiz Carlos Freyesleben, Rui Fortes, Marcus Túlio Sartorato, Cesar Abreu, Des. Salete Silva Sommariva, Des. Ricardo Fontes, Salim Schead dos Santos, Edson Ubaldó, Jaime Ramos, Alexandre d'Ivanencko, Newton Janke, Lédio Rosa de Andrade, Moacyr Moraes Lima Filho, Des. Marli Mosimann Vargas, Des. Sérgio Izidoro Heil, João Henrique Blasi, Jorge Luiz de Borba, Victor Ferreira, Des. Rejane Andersen, Des. Alcides Aguiar, Carlos Prudêncio, Pedro Manoel Abreu, Souza Varella, Cláudio Barreto Dutra, Newton Trisotto, Solon d'Eça Neves, Mazoni Ferreira, Volnei Carlin, Irineu João da Silva e Luiz César Medeiros. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Anselmo Jerônimo de Oliveira.

Florianópolis, 16 de dezembro de 2008.

Vanderlei Romer
RELATOR

SEÇÃO CIVIL

AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA

Agravo Regimental em Mandado de Segurança n. 2008.054837-7/0001.00, da Capital

Relatora: Desa. Maria do Rocio Luz Santa Ritta

AGRAVO REGIMENTAL (ART. 195, RITJSC) EM MANDADO DE SEGURANÇA (ART. 5º, LXIX, CF). CONCURSO PÚBLICO PARA INGRESSO NAS ATIVIDADES NOTARIAL E DE REGISTRO (ART. 236, § 3º, CF). INSCRIÇÕES SUPOSTAMENTE REALIZADAS FORA DO PRAZO PREVISTO NO EDITAL, AMPLIANDO O UNIVERSO COMPETITIVO EM DETRIMENTO DOS CANDIDATOS REGULARMENTE INSCRITOS. AUSÊNCIA DE PROVA PRECONSTITUÍDA (ART. 6º, LMS), PRESSUPOSTO ESPECÍFICO DE ADMISSIBILIDADE DA IMPETRAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE SE CONVOLAR O *WRIT OF MANDAMUS* EM INSTRUMENTO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL (ART. 6º, PARÁGRAFO ÚNICO, LMS). ALEGAÇÕES QUE COLIDEM, ADEMAIS, COM A REAL CONFIGURAÇÃO FÁTICA. INSCRIÇÕES DEFERIDAS RELATIVAS A CANDIDATOS QUE *SE APRESENTARAM À COMISSÃO DENTRO DO PRAZO EDITALÍCIO*. MERO PROTRAIMENTO PARA A MANHÃ SEGUINTE, POR QUESTÕES OPERACIONAIS, DO SÓ *RECEBIMENTO FORMAL* DAS DOCUMENTAÇÕES, GARANTIDA A AUTENTICIDADE DO ATO MEDIANTE A DISTRIBUIÇÃO DE SENHAS. PROVIDÊNCIA NECESSÁRIA DIANTE DO ELEVADO NÚMERO DE INTERESSADOS PRE-

SENTES NO ÚLTIMO DIA E O CONSEQÜENTE AVANÇO DOS TRABALHOS MADRUGADA ADENTRO. MEDIDA SERVIENTE AOS POSTULADOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE, EXPRESSOS DO PRINCÍPIO DO *DUE PROCESS OF LAW* EM SUA DIMENSÃO SUBSTANCIAL (ART. 5º, LIV, CF), E À PRÓPRIA LÓGICA DE AMPLA ACESSIBILIDADE ÀS FUNÇÕES PÚBLICAS DELEGADAS (ART. 37, I, CF), CONSECUTÁRIA DA ISONOMIA E DA IMPESSOALIDADE NA PROFÍCUA DELEGAÇÃO, AO EXERCÍCIO PRIVADO, DE FUNÇÃO PÚBLICA COM ALTO POTENCIAL RENTÁVEL (ARTS. 5º, *CAPUT* E 37, *CAPUT*, DA CF). PEDIDOS SUSPENSIVO E ANULATÓRIO QUE DISSIMULAM O INTENTO, POR PARTE DE TITULARES DESIGNADOS, DE PROTRAIR O CERTAME PARA FINS DE PERMANÊNCIA INDEVIDA EM FUNÇÃO PÚBLICA DELEGADA PRECARIAMENTE. INDEFERIMENTO DA INICIAL (ART. 8º, LMS), COM IMPOSIÇÃO DE PENA POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ (ART. 17, III E VI, CPC). DECISÃO MONOCRÁTICA NÃO INFIRMADA. AGRAVO IMPROVIDO.

1. O mandado de segurança consiste em ação constitucional vocacionada a reparar, diante de ato ilegal de autoridade pública ou de particular no exercício de função pública, lesão ou ameaça de lesão a direito líquido e certo excluído do âmbito de tutela do *habeas corpus* e do *habeas data* (art. 5º LXIX, CF). Estruturado em procedimento sumário, o mandado de segurança traduz, todavia, ação de cognição exauriente, combinação de fatores a atrair a exigência de prova pré-constituída das alegações veiculadas na inicial, sob pena de indeferimento instantâneo (arts. 6º e 8º, Lei n. 1.533/51), não havendo espaço à fase instrutória do procedimento (art. 7º, I, e art. 10, Lei n. 1.533/51). A prova pré-constituída, assim, é a garantia da certeza necessária ao processamento de ação de rito sumário que autoriza a formação da

coisa julgada material, sublevando— se à condição de pressuposto específico de admissibilidade.

2. Certo é que a exigência de prova pré-constituída, em hipóteses excepcionais, comporta relativização, admitindo-se que, nos casos em que o documento invocado estiver inacessível em departamento público ou situar-se em poder de autoridade que se recuse a fornecê-lo por certidão, seja exarada requisição judicial para o complemento da prova posta na inicial (art. 6º, parágrafo único, Lei n. 1.533/51).

3. O *writ of mandamus*, ainda assim, não se presta a apurar boatos e notícias anônimas. Não é nem jamais será instrumento de investigação. A natureza mesma do *writ*, como via de imediata reparação a direito líquido e certo, repele essa destinação à tutela de direitos a serem ainda investigados. A requisição judicial de documentos em poder de órgão ou autoridade pública (art. 6º, parágrafo único, Lei n. 1.533/51), nesse cenário, não se convola em fator de deturpação do mandado de segurança, pressupondo prova incipiente a ser completada por outra inacessível ou em poder de autoridade que relute em fornecê-la, revelando um mínimo de plausibilidade jurídica no pedido. Caso contrário, nada havendo nesse sentido, é infactível requisição judicial.

4. Em conclusão: correto é o indeferimento da inicial (art. 8º, Lei n. 1.533/51) do mandado de segurança desprovido de prova pré-constituída e cujas alegações dependem de requisição judicial inviável ou de instrução probatória incompatível com o procedimento célere da ação.

5. Entendimento fortalecido diante da colidência entre as alegações iniciais de inscrições fora do prazo editalício e a realidade fática notoriamente conhecida pelo círculo de julgadores no exercício de sua função pública, em ordem a configurar a inépcia

da inicial por ausência de causa de pedir subsistente e falta de idoneidade para gerar o resultado jurídico pretendido (art. 195, parágrafo único, inc.I e II, CPC).

6. Com efeito. Não havendo inscrições intempestivas, mas o só diferimento da entrega formal das documentações, pelos candidatos que se apresentaram a tempo, para a manhã subsequente, não exsurge violado 'direito líquido e certo de participar de concurso público menos disputado'. A medida encontra justificativa no excesso de interessados presentes no último dia do prazo e o conseqüente avanço dos trabalhos madrugada adentro, ficando a autenticidade do ato garantida mediante a distribuição de senhas. Trata-se de providência lícita, porque os candidatos presentes no prazo não poderiam ser lesados pela incapacidade operacional da Comissão de logo receber a totalidade as inscrições, com a qual se preserva, ainda, a lógica da proporcionalidade e razoabilidade, exprimida do princípio do devido processo legal substancial (art. 5º, LIV, CF), e o próprio ideal de ampla acessibilidade às funções públicas delegadas (art. 37, I, CF), consectário da isonomia e da impessoalidade (arts. 5º, *caput* e 37, *caput*, CF) na delegação, ao exercício privado, de atividades notariais e de registro com alto potencial rentável.

7. Agregação de fundamentos supervenientes.

8. Impetração que, nas circunstâncias, revela o intuito de titulares designados de retardar a realização do concurso para permanecer, por período ainda mais vasto, explorando as serventias extrajudiciais que ocupam em caráter precário, conduta censurável a caracterizar nítida litigância de má-fé (art. 17, III e VI, CPC) e a autorizar a imposição das sanções processuais correspondentes (art. 18, *caput*, c/c § 2º, CPC).

9. É improcedente o agravo regimental (art. 195, RITJSC) cujas razões, já afastadas pela decisão monocrática recorrida, não ostentam envergadura idônea para infirmá-la.

10. Recurso, nestes termos, desprovido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental em Mandado de Segurança n. 2008.054837-7/0001.00, da comarca da Capital (Tribunal de Justiça), em que são agravantes Ana Maria Cirilo e Sandro Carlos Vidal, sendo agravados o Presidente do Tribunal de Justiça de Santa Catarina e o Presidente da Comissão Examinadora do Concurso para Ingresso e Remoção nas Atividades Notarial e de Registro:

ACORDAM, em Seção Civil, por votação unânime, negar provimento ao recurso. Custas legais.

RELATÓRIO

Ana Maria Cirilo, titular designada do Ofício de Registro de Imóveis da Comarca de Tijucas, e Sandro Carlos Vidal, titular designado do Ofício de Registro de Imóveis da Comarca de Santo Amaro da Imperatriz, impetraram mandado de segurança (art. 5º, LXIX, CF) de competência originária (art. 84, XI, c, CE) contra atos do Presidente do Tribunal de Justiça de Santa Catarina e do Presidente da Comissão Examinadora do Concurso de Ingresso e Remoção nas Atividades Notarial e de Registro (Editais n. 39/08, 40/08, 41/08, 42/08, 58/08, 59/08, 60/08, 61/08, 80/08, 81/08, 82/08 e, por fim, 83/08).

Como *causa petendi*, expuseram que o aludido concurso, aberto pelo Edital n. 84/07, foi publicado no DJ de 13-6-2007, data em que inaugurado o prazo para as respectivas inscrições. Prazo esse expirado em 12-7-2007. Prosseguiram relatando que, não obstante o fenecimento de tal

prazo, *tomaram conhecimento de comentários dando conta de que, de forma inusitada e ilegal, as inscrições continuaram a ser realizadas*, listando como exemplo as dos candidatos Cândido Zimmermann Damásio, realizada em 13-7-2007, e Helenita Maria Kurschus Assis, feita em data incerta, mas sob a suspeita de que a destempo. Daí exprimiram que tal circunstância põe em xeque a integridade jurídica do certame, diante dos boatos de que *mais de 100 (cem) inscrições*, embora realizadas após o termo final (Editais n. 39/08, 40/08, 41/08, 42/08, 58/08, 59/08, 60/08 e 61/08), foram deferidas (Editais n. 80/08, 81/08, 82/08 e 83/08), reduzindo *as chances dos inscritos regularmente obterem êxito*.

Em face do que qualificaram como *a natural dificuldade de se obter provas concretas da dimensão do ocorrido* (i.e., do real número de inscrições serôdias), acenaram com a necessidade de 'investigação' e requisição à Comissão Examinadora, por esta relatora (art. 6º, parágrafo único, Lei n. 1.533/51), de cópias de *todos os comprovantes de inscrição* relacionados ao concurso, para fins de juntada aos autos e demonstração da suposta ilegalidade.

Alegando lesão a direito líquido e certo, pediram, *ad litteram*:

- a) Conceder, liminarmente e *inaudita altera parte*, a ordem, para determinar a **suspensão imediata**, até o julgamento da presente ação, **de todos os atos relativos ao certame** em andamento, em especial a realização da Prova Preambular e posteriores fases do certame, bem como, qualquer ato que venha a resultar em eventual outorga indevida das delegações oferecidas no concurso;
- b) Deferida, como se espera, a providência acautelatória, determinar a notificação imediata da decisão às dignas autoridades impetradas, para os fins de direito e cumprimento, bem como, com fulcro no parágrafo único do art. 6º da Lei n. 1.533/51, que tragam aos presentes autos todos os comprovantes de inscrição realizados para o concurso, para que se possa identificar todas as inscrições realizadas a destempo e, ainda, apresentem as informações que entenderem necessárias;

c) Determinar a citação do Sr. Cândido Zimmermann Damásio na Rua (...), bem como da Sra. Helenita Maria Kurschus Assis, no endereço constante em seu requerimento de inscrição a ser fornecido pela Comissão de Concurso, para, ambos, integrarem o pólo passivo deste *writ*, na condição de litisconsortes necessários;

d) Com a apresentação dos comprovantes de inscrição, **caso confirmada a suspeita dos impetrantes** de que mais de uma centena de requerimentos de inscrição foram protocolados a destempo do que previa o Edital n. 84/07, **a citação de todos os** inscritos após o prazo nele determinado **eventualmente atingidos pela presente impetração**, nos seus respectivos endereços a serem também fornecidos pela douta Comissão do certame em comento, **para igualmente integrar a presente lide na condição de litisconsortes necessários**;

e) Após a manifestação da douta Procuradoria-Geral de Justiça, conceder definitivamente a ordem da segurança pleiteada, confirmando a liminar, caso deferida, para, em qualquer hipótese, reconhecer o direito líquido e certo dos impetrantes de não terem ilegalmente ampliado o universo de participantes no certame em virtude do ilegal deferimento de inscrições realizadas fora do prazo estabelecido pelo Edital n. 84/07;

f) Finalmente, requerem também, **seja declarada a nulidade** dos Editais n. 39/08, 40/08, 41/08 e 42/08 (doc. 02), Editais n. 59/08, 59/08, 60/08 e 61/08 (doc. 3) e Editais n. 80/08, 81/08, 82/08 e 83/08 (doc. 04), os quais trouxeram, os dois primeiros, as relações de inscrições requeridas no certame, e os últimos, as listas de inscrições deferidas, dentre as quais, ao que tudo indica, diversas realizadas depois do dia 12 de julho de 2007, ou seja, fora do prazo previsto no Edital n. 84/07, que deflagrou o concurso em debate, **determinando-se**, por corolário lógico, **o refazimento de todo o procedimento de inscrição**, após o integral cumprimento do §1º do art. 2º da Resolução n. 13/06-TJ, **ou, ainda**, caso assim não se entenda, determinar **a exclusão do concurso de todos os eventuais candidatos atingidos** pelos efeitos da decisão, após a confirmação de terem realizado seus requerimentos de inscrição extemporaneamente, tudo em razão dos vícios insanáveis demonstrados na presente impetração (os trechos em negrito não constam do original).

Distribuídos os autos por sorteio, foram encaminhados a esta relatora (fl. 249) por vinculação (art. 54, § 2º, AR n. 22/93) derivada do julgamento prévio de mandado de segurança aviado pelos impetrantes (MS n. 2007.031376-4).

A petição inicial foi então indeferida nos seguintes termos:

Isto posto, indefiro a petição inicial (art. 8º, Lei n. 1.533/51) e aplico aos impetrantes, em decorrência da litigância de má-fé (art. 17, III e VI, CPC), multa de 20% (vinte por cento) sobre o valor dado à causa (art. 18, *caput* c/c §2º, CPC).

Daí o presente agravo regimental (art. 195, RITJSC) sustentando que, ao revés do decidido: (a) há prova preconstituída suficiente para o processamento do mandado de segurança, sendo ainda pertinente a requisição à Comissão de Concurso, em caráter meramente complementar, de documentos que fortificariam a prova das irregularidades denunciadas (art. 6º, parágrafo único, Lei n. 1.533/51); (b) as inscrições aceitas pela Comissão de Concurso no dia subsequente ao término do prazo (13-7-2007) encerram irregularidade palmar, desrespeitando as formalidades legais e subtraindo dos demais candidatos o direito — líquido e certo — de participar de um certame menos concorrido; (c) o caso não reflete intento procrastinatório de titulares designados, mas o só exercício do direito constitucional de amplo acesso ao Estado-Juiz visando a participação em seleção pública íntegra, inexistindo litigância de má-fé.

Com parecer da PGJ pelo desprovimento, vieram os autos.

VOTO

1. A decisão monocrática vem assim lavrada:

II. Divido o juízo de admissibilidade das alegações iniciais em três tópicos centrais: (a) candidatos *eventualmente* inscritos fora do prazo, (b) candidato que se *alega* inscrito fora do prazo, e, ainda, (c) considerações finais e litigância temerária.

a. Candidatos *eventualmente* inscritos fora do prazo.

O mandado de segurança individual consiste em ação constitucional vocacionada a reparar, diante de ato ilegal de autoridade pública ou de particular no exercício de função pública, lesão ou ameaça de lesão a direito líquido e certo excluído do âmbito de tutela do *habeas corpus* e do *habeas data* (art. 5º LXIX, CF). Estruturado em procedimento sumário, o mandado de segurança traduz, todavia, ação de cognição exauriente, combinação de fatores a atrair a exigência de prova pré-constituída das alegações veiculadas na inicial, sob pena de indeferimento instantâneo (art. 8º, Lei n. 1.533/51 e cf. REsp. n. 65.486/SP), não havendo espaço à fase instrutória do procedimento (art. 7º, I, e art. 10, Lei n. 1.533/51). A prova pré-constituída, assim, é a garantia da certeza necessária ao processamento de ação de rito sumário que permite a formação da coisa julgada material (cf. RMS n. 11905/PI e REsp. n. 903.355/DF), sublevando-se à condição de pressuposto específico de admissibilidade (cf. Mantovanni Colares Cavalcante. Mandado de Segurança. São Paulo: Dialética editora, 2002, p. 94).

No caso, evidente está que, quanto aos *mais de 100 (cem)* candidatos que, conforme *boatos*, teriam logrado inscrever-se no concurso após a expiração do prazo respectivo (12-7-2007), não há sequer um rastro de prova pré-constituída a embasar a impetração. E o mandado de segurança, portanto, se inviabiliza.

Na linha da jurisprudência:

'Não havendo prova pré-constituída do direito invocado ou se evidente que não se reveste das características de liquidez e certeza, deve o juiz indeferir, liminarmente, a petição inicial do mandado de segurança, extinguindo o processo, pois lhe faltará um dos requisitos de admissibilidade (Lei 1.533/51, art. 8º). Se não o fizer, poderá fazê-lo o órgão fracionário do Tribunal ao julgar recurso interposto de decisão denegatória ou deferitória da liminar (CPC, 267, § 3º).

Os princípios da economia e da instrumentalidade do processo autorizam essa solução. É justo o anseio da sociedade por uma célere prestação jurisdicional; não é razoável, lógico e sensato que seja denegada a liminar porque inexistente direito com as características de liquidez e certeza e se permita o prosseguimento do feito, onerando a

sociedade com os custos de um processo que desde logo se evidencia impróprio para solução do litígio, retardando a tramitação de outras demandas' (AI n. 2001.024523-0, Des. Newton Trisotto).

Certo é que essa exigência de prova pré-constituída, em hipóteses excepcionais, comporta relativização, admitindo-se que, nos casos em que o documento invocado como base estiver inacessível em departamento público ou situar-se em poder de autoridade que se recuse a fornecê-lo por certidão, seja exarada requisição judicial para o *complemento* da prova acostada à inicial (art. 6º, parágrafo único, Lei n. 1.533/51, e cf. Hely Lopes Meirelles. Mandado de segurança. 25. edição. Malheiros, 2003, p. 73).

Nesse sentido a lição doutrinária:

'Uma das características próprias do mandado de segurança é que a inicial deve ser apresentada com cópia de seu texto e da prova pré-constituída, para o devido encaminhamento à autoridade impetrada, tudo com a assinatura do advogado do autor, o qual responderá por sua exatidão. É sempre bom repetir que a prova apresentada com a inicial serve para demonstrar a existência de direito líquido e certo. Se o documento necessário estiver em repartição ou estabelecimento público, ou em poder de autoridade que se recusa a fornecê-lo por certidão, como comanda o parágrafo único do art. 6º, da Lei especial, 'o juiz ordenará, preliminarmente, por ofício, a exibição desse documento em original ou em cópia autêntica e marcará para o cumprimento da ordem o prazo de 10 dias. Se a autoridade que tiver procedido dessa maneira for a própria coatora, a ordem far-se-á no próprio instrumento de notificação'' (Carlos Alberto Menezes Direito. Manual do Mandado de Segurança. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 119-120).

Não se trata, porém, da hipótese. À toda evidência, o mandado de segurança, ação constitucional fundada (insisto) em prova pré-constituída, não se presta a apurar boatos e notícias anônimas. Não é nem jamais será um instrumento de investigação. A natureza mesma do *writ*, como via de reparação a direito líquido e certo, repele essa destinação à tutela de direitos a serem ainda investigados. A requisição judicial de documentos em poder de órgão ou autoridade pública (art. 6º, parágrafo único, Lei n. 1.533/51), nesse cenário, não se convola em fator de deturpação da essência do mandado de segurança, pressupondo prova incipiente, a ser completada por outra

inacessível ou em poder de autoridade que relute em fornecê-la, revelando um mínimo de plausibilidade jurídica no pedido. Caso contrário, nada havendo nesse sentido (e é essa o caso dos autos), é infatível a pretendida requisição judicial de documentos.

Sobre o assunto:

'AGRAVO REGIMENTAL — MANDADO DE SEGURANÇA — DESPACHO QUE INDEFERE PETIÇÃO INICIAL — ART. 8º DA LEI N. 1.533/51 — WRIT QUE BUSCA A SATISFAÇÃO DE CRÉDITOS PRETÉRITOS — INVIABILIDADE — REQUISIÇÃO DE DOCUMENTOS CONDICIONADA À PLAUSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO — RECURSO DESPROVIDO

1. O mandado de segurança não é o meio adequado para compelir a Administração a solver créditos pretéritos, mesmo que já reconhecidos como líquidos e certos através do empenho (Súmulas 269 e 271 do STF).

2. Se o direito que se pretende garantir através da ação mandamental, por expressa disposição legal, está sujeito à ressalva de "relevantes razões de interesse público", não há que se falar em liquidez e certeza. A valoração da relevância do interesse público, matéria afeta ao poder discricionário da Administração, inviabiliza o manejo do mandado de segurança, justamente por turbar a aclamada certeza e liquidez do direito invocado.

3. A requisição de documentos disciplinada no art. 6º, da Lei n. 1.533/51 somente pode ser autorizada quando presente a plausibilidade jurídica do pedido, além de um mínimo de elementos de convencimento que a justifique. A não ser assim, a providência legal poderia ser utilizada como um desvio à necessidade da prova preconstituída, pressuposto imperativo do mandado de segurança' (Agravamento Regimental no Mandado de Segurança n. 2000.019852-8, da Capital. Relator: Des. Luiz César Medeiros).

'AGRAVO DE INSTRUMENTO – MANDADO DE SEGURANÇA – DECISÃO INTERLOCUTÓRIA – REQUISIÇÃO DE DOCUMENTOS PELO MAGISTRADO, DIANTE DA RECUSA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA — POSSIBILIDADE – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO, PARA

TÃO-SOMENTE AMPLIAR O PRAZO DE 48 HORAS PARA 10 DIAS.

Se o Poder Público recusa-se a fornecer os documentos solicitados pela parte impetrante na via administrativa, sem justificativa plausível para tanto, é lícito ao Magistrado ordenar, no prazo de 10 (dez) dias, a exibição de tal documentação, a fim de comprovar eventual direito líquido e certo alegado no mandado de segurança, nos moldes do art. 6º, parágrafo único, da Lei n. 1.533/51' (Agravo de Instrumento n. 2006.016659-5, de Imaruí. Relator: Des. Cid Goulart).

'MANDADO DE SEGURANÇA – AGRAVO REGIMENTAL – CONCURSO PÚBLICO PARA INGRESSO NOS QUADROS DA POLÍCIA MILITAR – INDEFERIMENTO DA INICIAL – PROCESSO EXTINTO – AVALIAÇÃO PSICOLÓGICA NEGATIVA – AUSÊNCIA DE RECURSO ADMINISTRATIVO OU REQUERIMENTO PRETENDENDO CONHECER OS FUNDAMENTOS DO VEREDICTO – POSSIBILIDADE NO SILÊNCIO DA AUTORIDADE COATORA ACERCA DE EVENTUAIS PLEITOS DA REQUISIÇÃO A QUE ALUDE O PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 6º DA LEI N. 1.533, DE 31-12-51 – RECLAMO, POR MAIORIA, INACOLHIDO.

A discordância com o resultado negativo de avaliação psicológica pode ser enfrentada no mandamus se há prova documental autorizada em sentido contrário ou o impetrante procurou obtê-la, sem êxito, através de requerimento ou reclamo administrativo interposto a tempo e modo, pendente de apreciação, hipóteses em que a requisição do laudo é viável em face do parágrafo único do art. 6º da Lei n. 1.533, de 31-12-51. Ausentes esses requisitos não há direito líquido e certo' (Agravo Regimental em Mandado de Segurança n. 2005.039221-4, da Capital. Relator: Des. Francisco Oliveira Filho)

Por tudo e em tudo, a impetração, no ponto, descabe, desfecho que envolve não apenas os candidatos supostamente inscritos fora do prazo, mas também a candidata Helenita Maria Kurschus Assis, sobre a qual nada (absolutamente nada) consta, em termos documentais, acerca da extemporaneidade de sua inscrição, em ordem a fulminar prematuramente a pretensão por falta de pressuposto processual.

b. Candidato que, especificamente, *se alega* inscrito fora do prazo. No particular, há novo descabimento da impetração.

É fato notório (art. 334, I, CPC), de conhecimento desta subscritora e mesmo dos candidatos interessados, **que as inscrições para o concurso de ingresso nas atividades notarial e de registro, para aqueles que se apresentaram no local portando os documentos necessários até as 19:00hs do dia 12/07/2007 (limite), se estenderam até às 03:00hs (três horas) da madrugada de 13-7-2007, ocasião em que, não estando concluídos os trabalhos, foi fornecida aos poucos interessados que restavam uma senha para o prosseguimento no dia subsequente.**

Nisso reside a explicação para a prova documental arrolada na inicial como a única pré-constituída (fl. 184), segundo a qual os documentos de inscrição do candidato Cândido Zimmermann Damásio foram entregues à Comissão às 10:50hs do dia 13-7-2007 (na manhã subsequente), e mesmo assim a inscrição restou deferida.

Ora, o procedimento adotado pela Comissão é perfeitamente lícito e destoa do narrado na inicial. Os candidatos inscritos se apresentaram no local satisfazendo os requisitos no prazo exigido. Por questões operacionais justificadas pelo postulado constitucional da razoabilidade (art. 5º, LIV, CF), apenas a última inscrição foi posposta para o dia seguinte, **assegurada a autenticidade do ato com a distribuição de senhas**. Daí a haver inscrições fora do prazo, como narrado, com a violação de direito líquido e certo dos concorrentes, segue um longo caminho. Aliás, as fantasiosas ilegalidades argüidas no *writ* sequer têm em vista essas reais circunstâncias, partindo de versão inexistente, fruto da intenção dos impetrantes de retardar o certame.

Nestes termos, a petição inicial é inepta por se fundar em fato inexistente (no simples recebimento de inscrições após o prazo editalício), faltando-lhe causa de pedir apta e idoneidade para gerar o resultado jurídico pretendido (art. 195, I, parágrafo único, I e II, CPC). Lógica a levar, também ela, ao indeferimento, admitido excepcionalmente mesmo em casos de flagrante inexistência do direito (mérito), porque no jurídico "*não há lugar para absolutos (Teori Albino Zavaski)*" (AC n. 2005.014228-6).

c. Considerações finais e litigância temerária.

A exemplo do mandado de segurança anteriormente julgado pela Seção Civil (MS n. 2007.031376-4), a presente impetração, aviada por dois titulares designados que figuraram como litisconsortes ativos naquele processo, buscando a todo custo a **(nova) suspensão do certame** (vide o pedido 'a', transcrito no relatório) enquanto se processa uma causa para a qual deveriam ser citados, ao que se afirma, *mais de 100 (cem) litisconsortes necessários, revela o (manifesto) intuito de titulares designados de retardar a realização do concurso para permanecer, por período ainda mais vasto, explorando as serventias extrajudiciais que ocupam em caráter precário*. Claro está que a pretendida **suspensão**, no caso, atua como mero fator de **protraimento**, principalmente quando já se esclareceu, no julgamento anterior, que quaisquer máculas no concurso (desde que reais) devem ser denunciadas e corrigidas por *retificação intercorrente*, na linha de orientação do Conselho Nacional de Justiça.

O caminho para se estabilizar em função pública delegada, aliás, é o inverso e perpassa pelo concurso público (art. 236, § 3º, CF). Sede em que a meta dos impetrantes se facilitaria se o tempo e a energia despendidos com a consulta a advogados e o acompanhamento de processos se convertesse em estudo preparatório.

O uso do processo com a finalidade (reiterada) de, mediante pedido manifestamente infundado (art. 17, VI, CPC), conseguir o objetivo ilegal de se perpetuar em função pública sem a realização de concurso (art. 17, III, CPC) representa litigância de má-fé a ser apenada na forma da lei (art. 18, *caput c/c* § 2º, CPC), instituto compatível com a disciplina do mandado de segurança (cf. RMS n. 25521/SP e Theotônio Negrão. Código de Processo Civil e legislação processual em vigor. 39ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1829, nota de rodapé n. 9a, comentário ao art. 10 da LMS).

III. Isto posto, indefiro a petição inicial (art. 8º, Lei n. 1.533/51) e aplico aos impetrantes, em decorrência da litigância de má-fé (art. 17, III e VI, CPC), multa de 20% (vinte por cento) sobre o valor dado à causa (art. 18, *caput c/c* §2º, CPC) – fls. 251/258.

2. Com a devida vênia, não vejo razões para alterá-la, nem as demonstram o agravo, como bem ressaltado no parecer do Dr. Guido Feuser:

[...] Em sede de mandado de segurança, a prova do direito líquido e certo deve vir escoltando a petição inicial, salvo a excepcional

hipótese em que a autoridade se recusa a fornecê-la, ocasião em que o Poder Judiciário emitirá ordem para que seja exibida.

Com efeito, na hipótese dos autos, ao que se constata, os impetrantes estão tencionando instaurar verdadeira investigação judicial, porque pretendem obter a documentação referida na inicial e a partir dela aferir quais e quantos são os candidatos que supostamente tiveram suas inscrições efetuadas após as 19 horas do dia 12-7-07. Esse proceder, consoante proclamam doutrina e jurisprudência, é inconciliável com as disposições da Lei n. 1.533/51. Ademais, não só as vias ordinárias estão abertas para pleito de tal ordem como também e principalmente, há procedimento específico, que é o da exibição de documentos, catalogado no Código de Processo Civil, por meio do qual a parte poderá captar a documentação que lhe carece para a impetração.

[...]

De outro lado, por mais que tenha sido demonstrado que o candidato Cândido Zimmermann Damásio tenha entregado sua documentação à Comissão de Concurso às 10h50min do dia 13-7-07, restou bem lembrado na decisão recorrida que no dia anterior foram distribuídas aos candidatos senhas para que efetuassem suas inscrições além do prazo estipulado no Edital justamente por questões operacionais, dado que a quantidade de inscrições a serem efetuadas até o termo final previsto no instrumento convocatório inviabilizaria o encerramento do processo.

Por certo a opção da Comissão foi a mais sensata. Primeiro porque permitiu que todos os candidatos que se encontravam no local efetuassem sua inscrição, seja estendendo o prazo além das 19 horas seja prorrogando-o para o dia seguinte (13-7), neste caso com a apresentação de senhas. Segundo porque garantiu acesso ao certame do maior número de candidatos, fomentando mais ampla concorrência, na busca da seleção do pessoal mais bem preparado.

Finalmente, quanto à condenação dos impetrantes ao pagamento de multa por litigância de má-fé, tem-se que viável na hipótese, notadamente porque os requisitos legais para tanto restaram amplamente demonstrados no item *c* da decisão.

Diante do exposto, opina o Ministério Público pelo conhecimento e desprovimento do recurso de agravo interposto (fls. 282-284).

3. Finalizando, vale adir que o procedimento da Comissão no sentido de protrair para o dia subsequente a entrega dos documentos dos candidatos que se apresentaram a tempo, além de lícito e razoável, possuindo extração constitucional no postulado do *due process of law* em seu cariz substancial (art. 5º, LIV, CF) e evitando a penalização dos particulares pela incapacidade operacional do Poder Público, ainda adequa-se ao significado jurídico de fato notório para os fins legais (art. 334, I, CPC), entendido como tal aquele de natureza empírica que o círculo de julgadores exprime de seus conhecimentos sociais, *práticos* ou *oficiais*, ligados ao exercício da função ou à própria *vida pública (legislativa ou administrativa em sentido largo* – cf. Pontes de Miranda. Comentários ao Código de Processo Civil. Tomo IV. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense: 1979, p. 353), excluídos, apenas, os fatos de que os magistrados têm conhecimento em razão de sua ciência privada (o que não é o caso), porque, em tal hipótese, surgiria a incompatibilidade psicológica entre as funções de juiz e testemunha (cf. Moacyr Amaral Santos. Comentários ao Código de Processo Civil. IV Vol – arts. 332 a 475. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 39).

Cabe ainda acrescentar que, realizada a primeira etapa do concurso (Prova Seletiva), não se situam entre os aprovados os candidatos que, em específico, são citados como inscritos para além do prazo (Cândido Zimmermann Damásio e Helenita Maria Kurschus Assis), assim como também os impetrantes (Ana Maria Cirilo e Sandro Carlos Vidal) não figuram dentre os aprovados em nenhuma das categorias (Ofício do Registro de Imóveis, Ofício do Registro Civil, Tabelionato de Notas e Escriwania de Paz), não havendo notícia de que tenham atingido pontuação limítrofe à nota de corte. Essas constatações dizem quaisquer dos prejuízos argüidos e que, em tese, maculariam a disputa.

4. Isso posto, não reunindo o agravo envergadura para infirmar a decisão recorrida (cf. Agravo – §1º do art. 557 do CPC – em Apelação Cível n. 2008.006239-6/0002.00, de Joinville, desta subscritora), e exis-

tindo, pelo contrário, razões adicionais para mantê-la, o voto é no sentido do desprovimento.

DECISÃO

À unanimidade, a Seção Civil nega provimento ao recurso.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Carlos Prudêncio, com voto, e dele participaram os Exmos. Srs. Des. Cid Goulart, Jaime Ramos, Newton Janke, Sérgio Izidoro Heil, José Carlos Carstens Köhler, Jorge Luiz de Borba, Victor Ferreira, Rejane Andersen, Joel Dias Figueira Junior, Jânio Machado, Paulo Roberto Camargo Costa, Henry Petry Junior, Ricardo Roesler, Paulo Henrique Moritz Martins da Silva, Pedro Manoel Abreu, Luiz César Medeiros, Wilson Augusto do Nascimento, Luiz Carlos Freyesleben, Rui Fortes, Ricardo Fontes e Salim Schead dos Santos. Pela d. Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Guido Feuser.

Florianópolis, 25 de março de 2009.

Maria do Rocio Luz Santa Ritta
RELATORA

CÂMARA CIVIL ESPECIAL

AGRAVO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO

Agravo (§ 1º art. 557 do CPC) em Agravo de Instrumento n. 2008.069573-1/0001.00, de Itapema

Relator: Des. Subst. Carlos Alberto Civinski

AGRAVO DO § 1º DO ART. 557 DO CPC — RECURSO INTERPOSTO VIA PROTOCOLO UNIFICADO — ISENÇÃO CONFERIDA À FAZENDA PÚBLICA QUE NÃO SE ESTENDE AO REFERIDO SERVIÇO — NECESSIDADE DE PAGAMENTO — RECOLHIMENTO DO VALOR FEITO A DESTEMPO — PRAZO DE 24 (VINTE E QUATRO) HORAS ULTRAPASSADO — INTEMPESTIVIDADE — RECURSO NÃO PROVIDO.

O serviço de protocolo unificado previsto no Código de Normas da Corregedoria-Geral de Justiça deste Estado não está abrangido pela dispensa existente no art. 511, § 1º, do Código de Processo Civil, conferida à Fazenda Pública, pois essa isenção impõe-se tão-somente quanto ao preparo recursal e ao porte de remessa e retorno.

Caso efetuado o protocolo após o expediente bancário, o recolhimento das despesas de postagem deve ser realizado no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, conforme dispõe o art. 72, *caput*, do Código de Normas da Corregedoria-Geral de Justiça deste Estado, não se admitindo pagamento posterior, ainda que dentro do prazo recursal.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo (§ 1º art. 557 do CPC) em Agravo de Instrumento n. 2008.069573-1/0001.00, da Comarca de Itapema (2ª Vara), em que é agravante o Município de Itapema e agravada Fasolo Construtora e Incorporadora Ltda.:

ACORDAM, em Câmara Civil Especial, por votação unânime, conhecer e negar provimento ao recurso.

RELATÓRIO

Ação: Declaratória.

Pronunciamento de primeiro grau: concedeu a antecipação de tutela, para suspender a exibibilidade da cobrança do ISS no que se refere a construção do Edifício Talita Bonato (19 parcelas inadimplidas), e determinar que o réu conceda à autora o "habite-se" caso o motivo da negativa for exclusivamente a exigência do pagamento do ISS ora em discussão.

Decisão: da lavra do Rel. Des. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva (fls. 275-7), negou seguimento ao recurso, liminarmente, por falta dos pressupostos formais de admissibilidade, consistente no recolhimento extemporâneo do porte de retorno.

Recurso: agravo do § 1º do artigo 557 do Código de Processo Civil, visando à reconsideração da decisão impugnada, para dar prosseguimento ao recurso de agravo por instrumento.

Fundamento invocado: aduz que é dispensado do preparo, que abarca o porte de remessa e retorno; alega que juntou a guia de recolhimento dentro do prazo recursal, até porque o Superior Tribunal de Justiça afasta a pena de deserção quando o recurso for protocolizado no último dia e o pagamento das custas ocorrer no dia seguinte.

Relatado. Decido.

VOTO

O recurso preenche os requisitos de admissibilidade, motivo pelo qual deve ser conhecido.

Contudo, razão não assiste ao agravante.

Com efeito, o próprio agravante concorda que não se deve confundir o valor correspondente ao porte de remessa e retorno dos autos previsto no artigo 511 do Código de Processo Civil com o valor das despesas do protocolo unificado de petições e documentos.

Este, refere-se ao transporte das petições e documentos que os interessados, por comodidade, protocolam no setor de distribuição das comarcas para encaminhamento a outras comarcas ou ao Tribunal, ao passo que aquele refere-se ao transporte dos autos da comarca para o Tribunal e vice e versa, sempre no caso de recurso.

O pagamento do valor correspondente ao porte de remessa e retorno é obrigatório, respeitadas as exceções previstas em lei, e faz parte integrante do preparo, conforme previsão contida no artigo 511 do CPC.

Por outro lado, o uso do protocolo unificado é uma opção da parte, que o utiliza no seu interesse, para facilitar o registro de peças e recursos em qualquer comarca do Estado, a fim de evitar grandes ou até pequenos deslocamentos.

O art. 72 do Código de Normas da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de Santa Catarina regula o procedimento do protocolo unificado:

A petição e/ou autos somente serão recebidos na comarca remetente à vista do comprovante de pagamento das despesas de postagem, realizado por meio de guia de recolhimento (ou no dia seguinte, caso encerrado o expediente bancário), e será remetida ao juízo destinatário pelo sistema de malotes, no prazo de vinte e quatro horas.

Naturalmente, os beneficiários da assistência judiciária e os da gratuidade da Justiça, bem como os entes federativos municipais e estadual, estão entre aqueles com isenção do pagamento do preparo previsto no artigo 511 do CPC, naturalmente incluídas as despesas de remessa e retorno dos autos.

Entretanto, os §§ 1º e 6º do artigo 72 do Código de Normas da Corregedoria Geral da Justiça apenas isenta do pagamento das despesas de protocolo unificado os beneficiários da assistência judiciária gratuita e os processos que tramitam pelos ritos dos Juizados Especiais e da Infância e da Juventude, de modo que não contemplou a fazenda pública municipal.

O mesmo art. 72 do Código de Normas prevê que as petições serão remetidas ao juízo ou Tribunal destinatário mediante o comprovante de pagamento das despesas do protocolo unificado, em vinte e quatro horas.

Assim, ao fazer uso do protocolo unificado, a parte deverá pagar as despesas no mesmo dia, ou, se o protocolo for realizado após o horário bancário, no primeiro dia útil subsequente, sob pena de intempestividade de peça ou recurso.

No caso, o agravo por instrumento foi interposto através do protocolo unificado da comarca de Itapema em 29-10-2008 (quarta-feira), já a guia de recolhimento referente a esse serviço somente foi paga em 31-10-2008 (sexta-feira), ou seja, dois dias úteis depois (fls. 2 e 13).

Portanto, foi ultrapassado o prazo de 24 (vinte e quatro) horas, havendo a preclusão consumativa do ato, nos termos do artigo 183, *caput*, do Código de Processo Civil.

A parte que deixa de recolher as despesas referentes ao protocolo unificado no prazo do artigo 72 do Código de Normas da CGJSC, dá azo ao reconhecimento da intempestividade do recurso.

Como o recorrente teve ciência da decisão agravada em 9-10-2008 (quinta-feira) e o recurso foi protocolizado no último dia do prazo, mas a guia das despesas do unificado só foi paga dois dias depois, o recurso é, com certeza, intempestivo.

Neste sentido, é o entendimento do nosso Tribunal:

AGRAVO INTERNO. INTELIGÊNCIA DO ART. 557, § 1º, DO CPC. NEGATIVA DE SEGUIMENTO A AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROTOCOLO UNIFICADO. UTILIZAÇÃO SEM A COMPROVAÇÃO DE PAGAMENTO DAS DESPESAS DE POSTAGEM. RÊCOLHIMENTO TARDIO DA GUIA (GRJR). RECEBIMENTO DO RECURSO NO TRIBUNAL AD QUEM TRINTA (30) DIAS APÓS A PROTOCOLIZAÇÃO. INTMPESTIVIDADE. INTELIGÊNCIA DO ART. 183 DO CPC. PRECEDENTES (AC N. 40.340 E AI N. 8.229 E 1999.015664-8) RECURSO IMPROVIDO (Ag em AI 2001.004668-7, rel. Des. Cesar Abreu, Câmara Civil Especial, j. em 3-5-2001).

“AGRAVO DE INSTRUMENTO — AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO DE CARTÃO DE CRÉDITO — DECISÃO RECONHECENDO A REVELIA — INSURGÊNCIA DO RÉU — OFERECIMENTO DA CONTESTAÇÃO ATRAVÉS DO PROTOCOLO UNIFICADO — PAGAMENTO DA RESPECTIVA GUIA DE RECOLHIMENTO JUDICIAL RESUMIDA A DESTEMPO (ART. 72 DO CNCGJ/SC) — RECURSO CO-NHECIDO E DESPROVIDO” (AI n. 2004.008390-4, da Capital, rel. Des. Marco Aurélio Gastaldi Buzzi, j. 1º-9-2005).

“AGRAVO INTERNO. INTELIGÊNCIA DO ART. 557, § 1º, DO CPC. NEGATIVA DE SEGUIMENTO A AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROTOCOLO UNIFICADO. UTILIZAÇÃO SEM A COMPROVAÇÃO DE PAGAMENTO DAS DESPESAS DE POSTAGEM. RÊCOLHIMENTO TARDIO DA GUIA (GRJR). RECEBIMENTO DO RECURSO NO TRIBUNAL AD QUEM TRINTA (30) DIAS APÓS A PROTOCOLIZAÇÃO. INTMPESTIVIDADE. INTELIGÊNCIA DO ART. 183 DO CPC. PRECEDENTES (AC N. 40.340 E AI N. 8.229 E 1999.015664-8) RECURSO IMPROVIDO” (AI n. 2001.004668-7, de Joinville, rel. Des. Cesar Abreu, j. 3-5-2001).

"PROCESSUAL CIVIL. SUSPEIÇÃO DO JUIZ ARGÜIDA EM SEDE DE RECURSO. PRECLUSÃO. CONTESTAÇÃO. PROTOCOLO UNIFICADO. NÃO-PAGAMENTO DAS DESPESAS POSTAIS NO PRAZO ESTABELECIDO PELO ART. 72 DO CÓDIGO DE NORMAS DA CORREGEDORIA GERAL DA JUSTIÇA. INTEMPESTIVIDADE. DECRETAÇÃO DA REVELIA. PRESUNÇÃO RELATIVA DE VERACIDADE DOS FATOS ALEGADOS NA INICIAL. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. POSSIBILIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA INOCORRENTE" (Apelação Cível n. 2003.018608-5, de Porto União, rel. Des. Luiz Carlos Freyesleben. 23-11-2006).

Dessa forma, voto pelo conhecimento e não provimento do recurso.

DECISÃO

Nos termos do voto do Relator, esta Câmara Civil Especial, à unanimidade de votos, resolve conhecer e negar provimento ao recurso.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Nelson Schaefer Martins, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Domingos Paludo.

Funcionou como representante do Ministério Público o Procurador de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Nelson Fernando Mendes.

Florianópolis, 12 de março de 2009.

Carlos Alberto Civinski
RELATOR

Declaração de voto do Exmo. Sr. Des. Domingos Paludo

EMENTA ADITIVA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROTOCOLO UNIFICADO. NÃO PAGAMENTO DAS DESPESAS NO PRAZO FIXADO. INEXISTÊNCIA DO RECURSO, QUE SEQUER DEVERIA TER SIDO ENCAMINHADO A ESTE TRIBUNAL.

Voto vista.

Pedi vista dos autos para uma reflexão mais demorada sobre o tema, que pela primeira vez me é submetido.

O uso do protocolo unificado é comodidade concedida à parte, concedida pelo Poder Judiciário, através de convênio com os correios, no uso de faculdade legal.

A conferência do atendimento das medidas confiadas ao conforto da parte pede sempre maior rigor que às da vala comum, a que estão submissos todos os mortais, porque às elitizadas primeiras e cuja utilização impõe ao Poder Judiciário (e também aos correios com quem este celebra convênio para viabilizá-las, cujos custos são impositivos à própria parte, pois que os Correios não atuarão gratuitamente, a sugerir que o mecanismo, se é remunerado pelo usuário, não lhe fica ao dispor na falta de pagamento do respectivo preço) ônus especiais no andamento dos serviços, acorre quem o desejar, e às demais está compelido todo aquele que dispuser de menor poder aquisitivo, revelando-se providências mais simples, que pedem menos às estruturas públicas de distribuição da Justiça.

Dito resumidamente: se quer comodidade, que a suporte.

Então, o uso do protocolo unificado, de que se utiliza quem o desejar, não poderá acarretar benefício algum, mas agravar os encargos, na comparação com os que dele não se utilizam.

Se daí se retirar a distinção entre custas e despesas processuais, considerando as primeiras como remuneração de atos praticados pelo cartório judicial e as demais os gastos ordinários com o curso do feito, na forma

defendida, então as despesas do protocolo unificado constituirão categoria tão especial que a lei federal não cogitou, de cujo impagamento se segue a própria desconsideração do recurso, que passa a ser simplesmente inexistente, não deserto, mas se considera não interposto, não recebido.

Revisando, por liberalidade sua, o Poder Judiciário logrou estipular uma comodidade para o advogado, que já não precisa se deslocar da comarca para interpor o agravo porém, se não for pago o respectivo custo de movimentação, dá-se o previsto no art. 72 do Código de Normas da eg. Corregedoria:

"A petição e/ou autos somente serão recebidos na comarca remetente à vista do comprovante de pagamento das despesas de postagem"

Veja-se aí a gravidade do quanto ficou regrado, em outras palavras inexistirá o recurso se não efetuado o pagamento, porque a petição do agravo não será recebida, diz a regra e, neste caso, não há sequer falar da admissibilidade do recurso, nem de preparo, custas ou emolumentos, porque o agravo a rigor não existe: a petição respectiva permanecerá em mãos do agravante.

E esta exigência, aparentemente rigorosa, se justifica e mostra razoável, porque o art. 525, par. 2º, do CPC é claro em que "a petição será protocolada no tribunal, ou postada no correio sob registro com aviso de recebimento, ou, ainda, interposta por outra forma prevista na lei local", ponto em que legitima a previsão de outra forma de interposição do agravo.

Entenda-se que o legislador delegou aos Estados a organização de outras formas de realizar o serviço em questão, logicamente não lhe impondo o custo respectivo, do que se seguiria que o Estado custearia a comodidade, mas não custearia a normalidade.

O Estado podia regular e regulou, conferindo o encargo a quem lhe deu causa, sem repasse de comodidades, aos recursos públicos gerados pelos tributos, destinados ao atendimento do meio menos dispendioso.

A estatura da norma local é a suficiente para cuidar do benefício, porque apenas as obrigações devem defluir de leis no seu sentido próprio, não também as benesses e, além disto, quem entende ilegal a norma, basta não utilizá-la, restando na vala comum da interposição do recurso de agravo junto ao tribunal, ou mediante postagem com aviso de recebimento.

Mas em se tratando, a norma, de ato regulador de atividades judiciais benéficas à sociedade, tenho por absolutamente certo que emana de quem de direito, de modo lícito, e não pode dizer coisa muito diversa da que diz, quanto ao custo da prestação do serviço, por terceiro (ECT) para não renunciar receita e/ou custear comodidades desnecessárias com recursos públicos.

E desde que o legislador conferiu ao Estado a regulação desse serviço, não há o STJ de pretender superpor a sua Resolução n. 01/08 a dito Código de Normas local, por razão óbvia que o STJ não integra o Poder Judiciário Catarinense, mas Federal, e, pois, não possui ingerência no ponto.

O STJ, pois, digo de outro modo, pode regular como melhor lhe aprouver a remessa e retorno dos autos, incluindo a exigência no capítulo das custas ou das despesas; o que não poderá é impor ao Estado Catarinense essa regulamentação, porque lei alguma lhe outorga essa faculdade.

No caso catarinense, pela norma, as despesas do protocolo unificado não integram custas e nem emolumentos: estão acima de ambos, como requisito de existência do agravo e, pois, como não se cogita de outro instituto, porque o agravo acabou indevidamente remetido a este Tribunal, às custas do contribuinte, de modo indevido por sinal, à falta de outra diretriz — correto seria mandar restituir, pura e simplesmente a petição

ao agravante, como diz a norma referida — o caso é mesmo de deserção, porque é recurso indevidamente recebido.

O prazo em questão não é dilatatório.

A solução do impasse não tem de cruzar por esta classificação do prazo em questão, como dilatatório, ainda mais porque emanado de regra de menor hierarquia.

Não é dilatatório um prazo porque estabelecido em regra de hierarquia inferior, nem porque emanada de lei local, nem em consonância com a espécie de normativo em que fixado.

A competência legislativa não serve para a categorização.

Diz o CPC:

Art. 181. Podem as partes, de comum acordo, reduzir ou prorrogar o prazo dilatatório; a convenção, porém, só tem eficácia se, requerida antes do vencimento do prazo, se fundar em motivo legítimo.

E também:

Art. 182. É defeso às partes, ainda que todas estejam de acordo, reduzir ou prorrogar os prazos peremptórios. O juiz poderá, nas comarcas onde for difícil o transporte, prorrogar quaisquer prazos, mas nunca por mais de 60 (sessenta) dias.

Nota-se, pois, que os prazos dilatatórios e peremptórios são respectivamente os que podem e não podem ser dilatados pelas partes ou pelo magistrado, mas nem aí se pode afirmar com segurança, como garante E. D. Moniz de Aragão, para quem "*a verdade é que o Código contém prazos dilatatórios inalteráveis pelo consenso das partes e prazos peremptórios alteráveis por convenção*" (*Comentários ao Código de Processo Civil*, Forense: Rio de Janeiro, 2004, 10. ed., p. 97).

É do mesmo doutrinador, linhas poucas antes, a assertiva de que "*a posição adotada pelo Código em nada auxilia o intérprete, que se tem de confessar impotente para sistematizar*".

Em qualquer hipótese, se falamos de dilação, de prorrogação de prazos, temos então de supor pleito nesta direção, ou deliberação já adotada trazida à revisão, ou ajuste entre as partes, caso este, inclusive, em que se há de atender à lição de Humberto Theodoro Junior:

"Quanto à ampliação ou redução dos prazos *dilatatórios*, a convenção das partes só tem eficácia se atender aos seguintes requisitos:

- a) deve ser requerida antes do vencimento do prazo;
- b) deve estar fundada em motivo legítimo;
- c) deve ser objeto de aprovação do juiz, a quem compete fixar o dia do vencimento do prazo da prorrogação (art. 181 e § 1º)

Não determinou o Código um critério especial para identificar, dentro dos prazos legais, quais são os peremptórios e quais os dilatatórios. Caberá, pois, à jurisprudência a seleção casuística dos prazos de uma e outra espécie.

Há alguns prazos, todavia, que têm sua natureza já assentada dentro de um consenso mais ou menos uniforme na doutrina processualística. Com efeito, os prazos para contestar, para oferecer exceção e reconvenção, bem como o de recorrer, são tidos como peremptórios. E os de juntar documentos, arrolar testemunhas e realizar diligências determinadas pelo juiz são meramente dilatatórios.

De um modo geral, peremptório é o prazo que a seu termo cria uma situação que condiciona a própria função jurisdicional, tal como se dá com a revelia, a coisa julgada e a preclusão *pro iudicato*; e dilatatório, aquele que põe em jogo apenas interesse particular da parte (Curso de Direito Processual Civil. Forense. Rio de Janeiro. 2005. P. 272)

O prazo em jogo era peremptório, mas se de outro modo se desse, nem as partes requereram, nem se deferiu, ou foi aventado um único motivo bastante para que se dilargue o prazo em questão.

E não é a mera categorização de um prazo como dilatatório que já bastará, por si só, para o elastério.

Por fim, a inclusão da despesa do protocolo unificado no capítulo do preparo, porte de remessa ou de retorno, olvida que, como disse, aqui estamos diante de outro quadro, relativo ao custo da comodidade quanto à forma de interposição, que antecede a esta e que está regulado em lei local, diversa do CPC, a cuja sistematização refoge.

Não há amparo no art. 525, § 1º, do CPC para a pretensão da agravante, porque ali se diz que "acompanhará a petição o comprovante do pagamento das respectivas custas e do porte de retorno", mas no caso da falta de custeio do protocolo unificado, a petição não pode ser acompanhada de papel algum, pois não vai a lugar algum, nem é recebida, segundo o regramento local, de modo que não existe agravo, dado que a existência deste não pode ser prévia ao protocolo, inaceitável em modo e lugar diferente dos indicados no CPC, salvo pela lei local.

A autorização invocada pelo agravante, consignada no art. 70 do CN-CGJ, logicamente pressupõe obediência ao art. 72, ou: há autorização para receber as petições, desde que com a prova do pagamento da despesa do correio, ou protocolo unificado.

Por fim, não custa lembrar que o caso é análogo à hipótese de o agravante se dirigir ao correio, para postar a petição com Aviso de Recebimento, como regula a regra do CPC copiada, e não pagar o preço correspondente ao serviço. Logicamente a solução – também não prevista em lei alguma, porque quem a dará nem será o Poder Judiciário de cuja atuação se cogita, mas a ECT, mecanicamente, sequer recebendo o papel – implicará na inviabilidade da existência do agravo, apenas que varia pelo agente que a adota.

O que há é mais uma comodidade em prol dos ocupadíssimos agravantes: a postagem pode ser feita e paga no próprio fórum, com economia de tempo e nisto consiste a vantagem e o conforto.

Sem as despesas do correio, o recurso não chega a lugar algum, nem a petição poderia ter sido recebida, nem agravo haveria.

Pagamento tardio aí, ainda que apenas 3 dias após, equivale à falta de pagamento tempestivo, que acarreta a não recepção da petição, pois esta tem de ser entregue, agravo não há.

E do fato de ser ente público o agravante não se seguirá a isenção do custo do Aviso de Recebimento, nem do custo perante a ECT do serviço que prestará, de modo que o dado será irrelevante.

Nego provimento ao agravo do § 1º do art. 557 do CPC.

Florianópolis, 24 de março de 2009.

Domingos Paludo

AGRAVO DE INSTRUMENTO

Agravo de Instrumento n. 2009.004802-1, de Mafra

Agravante: João Alfredo Herbst

Advogados: Drs. Ericson Meister Scorsim (12400/SC) e outros

Agravado: Representante do Ministério Público

Promotores: Drs. Belmiro Hanisch Júnior (Promotor) e outros

Interessadas: Sirlei Braz Wegrzynowski Rechetelo e outros

DESPACHO

Cuida-se de agravo por instrumento interposto por João Alfredo Herbst contra decisão do Juízo da 1ª Vara Cível/Criminal da Comarca de Mafra.

Relatório

Ação: ação civil pública promovida pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina objetivando o reconhecimento da prática de atos de improbidade administrativa por parte dos réus e o ressarcimento ao erário.

Pronunciamento impugnado: decisão decretou, liminarmente:

— a indisponibilidade do patrimônio dos réus até o limite necessário à cobertura do dano ao erário, estimado em R\$ 2.591.729,50 (dois milhões quinhentos e noventa e um mil setecentos e vinte e nove reais e cinquenta centavos);

— o afastamento do réu João Alfredo Herbst do cargo de Prefeito Municipal de Mafra, sem prejuízo do recebimento dos salários;

— a proibição da nomeação do réu João Alfredo Herbst para provimento de qualquer outro cargo de livre provimento (fls. 114-133).

Recurso: agravo por instrumento com pedido de antecipação da tutela recursal para:

- reconduzir o afastado ao cargo de Prefeito;
- sustar a constrição e/ou impedir a prática de atos constritivos ao seu patrimônio e, por conseguinte, comunicar o Banco Central, o Registro de Imóveis e o Detran, além de outros órgãos públicos para liberação imediata de todos os bens, impondo-se multa diária pelo descumprimento; ou alternativamente, a limitação da indisponibilização dos bens ao valor de R\$ 2.591.729,50 (dois milhões quinhentos e noventa e um mil setecentos e vinte e nove reais e cinqüenta centavos).

Fundamentos invocados:

Do ato de improbidade

— o agravante na condição de Prefeito Municipal sempre utilizou seu patrimônio particular para custear as despesas impostas pelo cargo, como passagens aéreas, tarifas de hotéis, alimentação e diárias de viagem, pois o município estava muito endividado. Diante da necessidade de realizar obras emergenciais, colocou o maquinário que utiliza na sua atividade econômica à disposição para reparar ruas, por exemplo, sem exigir qualquer contrapartida financeira;

— diante da necessidade de realizar serviços de britagem das pedras, o agravante adquiriu um britador maior e mais completo que o pertencente ao município e o colocou à disposição da municipalidade, tendo o assunto parecer favorável do Tribunal de Contas e a aprovação da Câmara Municipal de Vereadores, autorizando o contrato de comodato;

— o equipamento completo foi adquirido por R\$ 600.000,00 (seiscentos mil reais) junto a sociedade empresária Serval, no Município de Santa Isabel/SP, que foi desmontado em São Paulo para ser transportado

até Mafra, sendo essa operação custeada pelo agravante, que desembolsou R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais) ao responsável pelos serviços;

— o empenho para pagamento de diárias ao Sr. João Kasprak, que foi até São Paulo, não era de conhecimento do agravante e não foi assinado por ele;

— todos os gastos com a montagem do equipamento na cidade de Mafra foram suportados com recursos privados, nem foram utilizados servidores públicos, mas apenas os seus empregados;

— o equipamento estava em perfeita condição de uso, não havendo necessidade de reformas, mas apenas a aquisição de chapas e parafusos para ligação de um maquinário ao outro;

— foi efetuada apenas a soldagem de placas de ferro, colocação de parafusos, dentre outros;

— a nota fiscal n. 527 no valor de R\$ 4.110,00 são datados de outubro e novembro de 2006, período em que o agravante já havia vendido o britador, de modo que as peças e serviços devem se referir a necessidade do britador de propriedade do município;

— não há que se falar em valorização do equipamento em função das supostas adequações realizadas quando de sua montagem no Município de Mafra, pois as chapas e parafusos que conectam uma máquina a outra são inutilizados quando o britador é desmontado;

— a diferença de valores de compra e venda do equipamento decorre da forma de pagamento, enquanto o pagamento da compra foi efetuado à vista, a venda ocorreu de forma parcelada, o que permitiu um desconto na compra e a majoração do valor na venda. Ademais, tratando-se de um bem único, existe a valorização;

— não existe prova do enriquecimento ilícito;

— existiam dois compressores de ar à disposição da municipalidade: um de propriedade do agravante e outro do Sr. Osvaldo Woeller Jr. A possível prestação de serviços de manutenção do compressor deste às custas do erário municipal não foi praticada ou autorizada pelo agravante que somente teve conhecimento dos fatos com a investigação do Ministério Público;

— o procedimento de licitação para aquisição de compressor de ar que supostamente estaria dirigido para aquisição do equipamento do Sr. Osvaldo não foi autorizado nem contou com o consentimento do agravante, mas apenas do titular da pasta que deflagrou o pregão;

— a aquisição do compressor de ar do Sr. Osvaldo não trouxe qualquer prejuízo para o erário, pois o equipamento está em funcionamento e o valor de mercado é de aproximadamente R\$ 100.000,00 (cem mil reais);

— deve-se observar o princípio da presunção de inocência dos demandados judicialmente;

— para configurar o ato de improbidade administrativa é necessário dolo específico do agente, o que não existe no presente caso;

— a não utilização do britador ocorreu por uma disputa com o permissionário das pedreiras que não aceitava reduzir a sua margem de lucro e, com isso, buscou meios diversos para proibir que o município explorasse o local;

Do afastamento

— o afastamento do cargo determinado pelo juiz *a quo* atinge o princípio da inviolabilidade do mandato popular, podendo ser decretada apenas excepcionalmente;

— o afastamento do cargo previsto no art. 20, parágrafo único da Lei n. 8.429/92 tem natureza penal, somente podendo ser adotada em ações fundadas no Decreto-Lei n. 201/67 e, não, em sede de ação civil pública;

— o afastamento somente poderia ser determinado se existissem provas documentais irrefutáveis que indicassem que o agravante poderia adotar medidas para frustrar as investigações, não podendo ser adotada com base em depoimentos de testemunhas que foram ouvidas sem a presença de um advogado;

— pode ser determinada a recondução ao cargo, pois todas as provas foram obtidas pela acusação, inexistindo comprometimento das investigações;

— não é possível determinar o afastamento com simples ilações, conjecturas ou presunções, sob pena de grave lesão à ordem pública institucional;

— os depoimentos colhidos durante o inquérito civil não podem servir de prova para afastar o prefeito do cargo eletivo;

— não houve qualquer interferência no curso do processo administrativo, inexistindo troca de depoimentos ao longo das investigações;

— a manutenção do afastamento do prefeito causará instabilidade política no Município de Mafra, possuindo potencial para provocar lesão com a prejudicialidade das políticas públicas;

— há risco de irreversibilidade da medida, uma vez que o período de mandato não exercido não poderá ser recuperado;

Indisponibilidade de Bens

— a indisponibilidade de bens foi decretada com base em valores incertos;

— a indisponibilidade de todo o patrimônio está inviabilizando a atividade econômica do agravante, pois possui patrimônio estimado em R\$ 25.000.000,00 (vinte e cinco milhões), sendo que a suposta execução da sentença deveria recair sobre o valor de R\$ 2.591.729,50 (dois milhões quinhentos e noventa e um mil setecentos e vinte e nove reais e cinquenta centavos);

— não há prova de dano ao erário público;

— não existem indícios que o agravante está promovendo a dilapidação do seu patrimônio;

— não há qualquer elemento indicando possível tentativa de fraude à futura execução;

— a medida de indisponibilidade de bens deve estar restrita ao acréscimo patrimonial resultante do suposto enriquecimento patrimonial resultante do suposto enriquecimento ilícito;

— indisponibilidade não pode recair sobre o valor da multa civil;

— a indisponibilidade só pode recair sobre bens adquiridos posteriormente a ocorrência dos fatos discutidos na demanda;

— não é possível decretar a indisponibilidade de bens sem manifestação prévia do acusado, sob pena de violação ao princípio do contraditório;

— a indisponibilidade dos bens é desproporcional, pois além de prejudicá-lo, expõe seu nome e a sua imagem à mídia, agravando o dano moral;

— a revogação da medida não prejudicará o interesse público, mas a sua manutenção ocasionará prejuízos irreparáveis ou de difícil reparação para o agravante e à sua família;

— a indisponibilidade de todos os bens está prejudicando o agravante que é agricultor e possui financiamentos perante instituições financeiras, impossibilitando-o de conseguir crédito para realizar o plantio das safras anuais.

Relatado. Decido.

DECISÃO

O recurso preenche os requisitos de admissibilidade, motivo pelo qual deve ser conhecido.

Trata-se de agravo por instrumento com pedido de concessão de antecipação da tutela recursal que veicula duas pretensões distintas: a recondução ao cargo de prefeito municipal e a sustação da medida de indisponibilidade de bens.

O pretensão recursal encontra fundamento no artigo 527, III c/c art. 558, ambos do Código de Processo Civil que assim dispõem:

Art. 527. Recebido o agravo de instrumento no tribunal, e distribuído incontinenti, o relator:

III — poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso (art. 558), ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão;

Art. 558. O relator poderá, a requerimento do agravante, nos casos de prisão civil, adjudicação, remição de bens, levantamento de dinheiro sem caução idônea e em outros casos dos quais possa resultar lesão grave e de difícil reparação, sendo relevante a fundamentação, suspender o cumprimento da decisão até o pronunciamento definitivo da turma ou câmara.

A respeito do regramento, Araken de Assis leciona que:

"só cabe ao relator suspender os efeitos da decisão e, *a fortiori*, antecipar os efeitos da pretensão recursal, respeitando dois pressupostos simultâneos: a relevância da motivação do agravo, o que implica

prognóstico acerca do futuro julgamento do recurso no órgão fracionário, e o receio de lesão grave e de difícil reparação resultante do cumprimento da decisão agravada até o julgamento definitivo do agravo, presumindo-se sua ocorrência nos atos explicitamente mencionados no art. 558, *caput*" (ASSIS, Araken de. Manual dos Recursos. São Paulo: RT, 2007, p. 516).

Logo, o acolhimento da pretensão recursal pressupõe a existência da relevância da motivação do agravo e o receio de lesão grave e de difícil reparação.

Da análise dos elementos probatórios constantes nos autos, verifico que não estão evidenciados os pressupostos legais para concessão da antecipação da tutela recursal.

Analiso separadamente a pretensão recursal.

II-a Da recondução do Prefeito Municipal

O afastamento cautelar de Prefeito Municipal é disciplinado no art. 20 da Lei 8.429/92 nos seguintes termos:

Art. 20. A perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Parágrafo único. A autoridade judicial ou administrativa competente poderá determinar o afastamento do agente público do exercício do cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração, quando a medida se fizer necessária à instrução processual.

A respeito da aplicação desse dispositivo surgem duas correntes doutrinárias: a primeira, que exige apenas a existência de risco para a instrução processual enquanto uma segunda, que exige a relevância da argumentação e o risco da demora.

A definição da melhor exegese passa pela análise da natureza jurídica do afastamento do agente público durante o curso do processo.

Nos termos do parágrafo único do art. 20 da Lei 8.429/92, trata-se de medida tipicamente acautelatória, assecuratória, provisória, destinada a proporcionar a livre produção de provas.

Se for reconhecida a natureza penal do afastamento, será admissível a aplicação da medida durante o curso da ação penal, o que não vem sendo admitido pela jurisprudência, apenas quando há previsão legal expressa, como, por exemplo, na Lei Orgânica da Magistratura.

Com isso, tenho que se trata de medida cautelar de natureza cível, que visa resguardar a integridade da função pública e a moralidade administrativa.

Por se tratar de medida de natureza cível, em juízo de cognição vertical sumária, afasta-se o argumento de que a medida seria aplicável tão-somente nas ações fundadas no Decreto-Lei n. 201/67 e, ainda, a incidência da presunção de não culpabilidade.

Tratando-se de medida de natureza cautelar, os requisitos necessários para decretação da medida são dois, a saber: a relevância da argumentação (*fumus boni juris*) e o perigo da demora (*periculum in mora*), portanto, acertada a segunda corrente doutrinária referida anteriormente.

Por certo, o agravante não pode ser afastado do cargo em qualquer situação, mas apenas em casos excepcionais, pois o tratamento a ser concedido ao exercício do mandato eletivo não pode ser o mesmo do aplicado ao cargo, emprego ou função pública.

Ocorre que a conquista legítima de mandato popular não tem o condão de conferir imunidade absoluta ao agente, pois, um princípio norteador da ordem jurídica, lembrado por Rui Barbosa há longa data, é o da "cláusula de enquanto bem servir". Portanto, não é dado ao mandatário fazer mau uso do cargo eletivo sabendo que durante o período do seu mandato não lhe poderá ser imposta qualquer sanção de natureza cível,

pois violado o princípio geral de direito mencionado pelo emérito jurista, estará o agente sujeito à sanções.

O princípio da inviolabilidade do mandato popular é relativo, pois estamos num Estado Democrático de Direito. Outrossim, temos um governo de leis e não de homens, de modo que ninguém poderá se sobrepujar ao ordenamento jurídico pátrio sem que sofra sanções tão-somente por ter recebido um mandato popular.

Logo, o princípio da inviolabilidade do mandato popular não tem o conteúdo jurídico pretendido pelo agravante a ponto de tornar intangível o mandatário.

Passo a apreciar a presença dos requisitos necessários para a concessão da medida cautelar de afastamento no caso concreto.

Da relevância da argumentação

A relevância da argumentação está devidamente demonstrada nos autos e foi muito bem destacada pelo MM. Juiz Substituto, Dr. Luís Paulo Dal Pont Lodetti, cujo trabalho no caso merece ser aplaudido diante da clareza com que elucidou a situação fática.

Tomo liberdade para transcrever o seguinte excerto da decisão agravada que demonstra a relevância da motivação para o afastamento do Prefeito Municipal à luz do art. 20, parágrafo único da Lei n. 8.429/92:

[...] há sérios indicativos de que a permanência do Prefeito Municipal em seu cargo poderá implicar entrave na produção de provas, durante o tramitar do processo.

O primeiro deles é a circunstância de haver sido forjado o Processo Administrativo juntado em cópia à f. 64 e seguintes do anexo, como reconheceram os servidores designados para nele funcionar, Edolar Santos Carlins e Jardelino Dallabona.

Disse Edolar perante o Promotor de Justiça que "esclarecido pelo senhor Promotor de Justiça acerca das conseqüências de uma decla-

ração falsa, bem como que este era o momento importante para o declarante disse a verdade sobre os fatos que tem conhecimento, pois figura no presente procedimento apenas como testemunha e uma declaração falsa poderia lhe prejudicar, o declarante, após conversar com sua Advogada, resolveu contar a verdade dos fatos que tem conhecimento; Assim sendo, o declarante retificou as informações anteriores, informando que apenas recebeu um ofício o qual dizia que o declarante deveria compor uma comissão de um processo administrativo, juntamente com os servidores Renato Ferreira e Jardelino Dallabona, sendo que após isso apenas foi chamado para assinar os documentos que já estavam prontos, na mesa da Secretária Marivana; Dessa maneira, o declarante pode esclarecer que a comissão não foi responsável pela elaboração dos documentos às fls. 68, 72, 73 e 74 dos autos, estes que apenas foram assinados pelo declarante e demais membros da comissão, a qual não chegou em se reunir em nenhuma oportunidade; Que o declarante assim procedeu por determinação de seu superior hierárquico, senhor Luiz Cláudio Rodrigues" (f. 755-756 do anexo, grifei).

Jardelino, no mesmo sentido, colocou que "o senhor Luiz Cláudio disse que era para o declarante participar de uma Comissão que iria verificar algum gasto de dinheiro público na montagem do britador do senhor Prefeito Municipal, não se recordando o declarante de outros detalhes daquela conversa; Que alguns dias depois o declarante foi chamado à Prefeitura Municipal, na ante sala do gabinete do Secretário de Obras, onde assinou o documento de fl. 74, o qual o declarante reconhece na presente oportunidade; Que quando o declarante chegou no local o documento já estava impresso, tratando apenas de assiná-lo e logo em seguida retornar ao trabalho, não chegando a tomar uma cópia do mesmo ou ler o conteúdo do documento" (f. 751 do anexo).

O documento de f. 74 do anexo, apresentado como o "relatório da comissão" e subscrito por Edomar e Jardelino, evidentemente, concluiu pela inexistência de irregularidades, e serviu, apenas, para desviar (ao menos tentar) o foco de todo o esquema.

Dizer que o Prefeito João Alfredo Herbst desconhecia esse "teatro", evidentemente, ofenderia a inteligência do juízo, haja vista que os atos acoimados de improbos foram todos praticados em seu

exclusivo interesse, haja vista ser o beneficiário direto das quantias desembolsadas pelo Município.

Não fica por aí. O Prefeito Municipal, da mesma forma, ostenta capacidade de coagir as pessoas para que contem mentiras sobre todo o ocorrido, como comprovadamente o fez com o servidor público Carlos Henrique Endler, conforme este próprio, quando pediu que Carlos dissesse perante a Promotoria de Justiça que "*o conjunto [compressor de ar e perfuratriz] não lhe pertencia, mas sim a um senhor de Canoinhas, o que o declarante respondeu que era para ele ficar tranquilo que se fosse questionado não mencionaria nada a respeito da propriedade do conjunto de perfuração*" (f. 283 do anexo).

E certamente o Prefeito Municipal agiu dessa forma, também, com o réu Osvaldo Woellner Júnior, aquele que mentiu na Promotoria de Justiça e depois se arrependeu dizendo que o fizera "para ajudar o Prefeito" (f. 197-198 do anexo). Ou ainda com Luiz Fernando Kruger, mencionado antes nesta decisão, aquele que teve de forjar notas fiscais para poder receber pelo serviço de reforma do compressor que prestou. Ao final, o vice-Prefeito Carlos César Pigatto, talvez com problemas de memória mas certamente com o propósito de encobrir atos ilícitos do mandatário chefe, disse na Promotoria que "*não tem conhecimento se referido assunto [processo licitatório de aquisição do compressor] foi tratado em uma reunião que foi realizada em sua residência, da qual participaram além do declarante e sua esposa, também o senhor João Alfredo, sua esposa e uma de suas filhas, a Dra. Sirlei, o funcionário Carlos Endler, a funcionária Maria de Fátima, reunião esta que foi realizada no dia em que este Promotor de Justiça esteve no Departamento de Licitações da Prefeitura Municipal, no ano passado*" (f. 741 do anexo).

Todavia, o funcionário Carlos Henrique Endler confirmou ao Promotor de Justiça que a reunião existiu e que "*tinha por objetivo saber o que havia sido tratado pelo declarante com o Promotor de Justiça*" (f. 759 do anexo), evidentemente com o propósito de amedrontar o servidor Carlos Henrique Endler, tanto é que ele agora "*teme por sua segurança e por seu emprego, tendo medo de perseguições*" (f. 760 do anexo).

As provas constantes nos autos obtidas através do inquérito civil são suficientes para acolher a pretensão cautelar deduzida pelo membro do Ministério Público, inexistindo a obrigatoriedade apontada

pelo agravante da existência de prova documental irrefutável para o afastamento.

As provas testemunhais e documentais se complementam e, em juízo de cognição vertical sumária, são suficientes para o preenchimento dos requisitos legais, ademais, nosso ordenamento jurídico não contemplou o sistema de tarifação de provas, o que afeta a relevância do argumento do agravante de que as provas obtidas no inquérito civil não são aptas a ensejar o afastamento do cargo, nem tampouco que é necessária prova documental irrefutável.

Dessa forma, considerando a existência desses elementos carece de relevância a alegação de que o afastamento do Prefeito Municipal implica em grave lesão à ordem pública institucional, que ocorreria caso inexistisse qualquer elemento de cognição apontando para a existência de ato de improbidade administrativa e na ausência de comprometimento da livre instrução processual.

No tocante ao risco de irreversibilidade da medida cautelar, uma vez que o período de mandato eletivo não poderá ser recuperado, observo ser bastante tormentosa a questão do prazo para afastamento liminar do Prefeito Municipal.

A matéria deve ser analisada à luz do princípio da razoabilidade, uma vez que não poderá ocorrer prejuízo para a instrução processual sob pena de ineficácia da jurisdição, mas também não poderá tornar uma medida de caráter provisório em sanção definitiva, com o prolongamento do afastamento durante todo o período de mandato eletivo.

No caso em apreço, não vislumbro vulneração ao princípio constitucional, pois o agravante não está afastamento do cargo por tempo demasiadamente longo, ao contrário, e, também, sequer houve o início da instrução processual na ação originária.

De modo que as causas que justificaram o afastamento do cargo ainda não cessaram, nem há abuso de direito ao manter o agente público afastado por período que não excede a um mês.

Derradeiramente, destaco que algumas provas obtidas no inquérito civil deverão ser repetidas em Juízo, justamente para submissão ao crivo do contraditório e assegurar a ampla defesa, de modo que a manutenção do agravante no cargo de Prefeito Municipal poderá comprometer a instrução processual, inclusive, porque algumas testemunhas são servidores públicos municipais e poderão ter seu ânimo de certa forma influenciado comprometendo a perseguição.

A discussão sobre a efetivação das políticas públicas no Município de Mafra e eventual instabilidade política com a decisão que afastou o agravante do cargo são inerentes ao regime republicano, no qual os mandatários devem gerir a coisa pública visando atender tão-somente o interesse público. Não há relevância nesse tipo de argumento, pois do contrário o processo de impeachment do 1º Magistrado da Nação no ano de 1992 poderia ter sido facilmente interrompido, haja vista a instabilidade existente naquele momento histórico.

Com essas considerações, não depreendo relevância na argumentação do agravante no tocante a necessidade de recondução ao cargo de Prefeito Municipal.

Do receio de grave lesão

O suposto receio de grave lesão para o agravante consubstancia-se na impossibilidade de exercer o mandato popular que foi outorgado pelo povo através do sufrágio.

Ocorre que o afastamento do cargo está calcado em relevante interesse público consistente na apuração de fatos que constituem atos de improbidade administrativa.

Diante desse aparente conflito, impõe-se reconhecer que esse requisito legal não está configurado, pois o iminente prejuízo da instrução processual apresenta caráter de irreversibilidade, ao passo que, o afastamento do cargo conforta o interesse público em detrimento do interesse particular.

A manutenção da medida não haverá de afetar pessoalmente o agravante, por força das virtudes pessoais expostas pelo procurador judicial nas razões do recurso, no sentido de que o Prefeito Municipal possui elevado espírito público, desapegado de questões patrimoniais a ponto de custear as viagens efetuadas para representar o Município e gerar inúmeras outras economias públicas. A medida cautelar de afastamento visa, nessa fase processual, resguardar a coisa pública para a qual concorre o esforço do recorrente, que poderá colaborar para o deslinde da questão de maneira célere, para que, encerrada a instrução processual, caso não haja qualquer outro motivo para o afastamento, seja reconduzido ao cargo afim de continuar a exercer seu mandato.

II-b Da Indisponibilidade de bens

No tocante a indisponibilidade de bens a decisão agravada consignou que:

Diante do exposto, concedo a liminar, **a fim de determinar a indisponibilidade do patrimônio dos réus, até o limite necessário à cobertura do dano ao erário e multas projetados na inicial (R\$ 2.591.729,50)**. Na mesma alheta, ordeno se proceda à tentativa de seqüestro do montante, por intermédio do sistema BACEN-JUD, conforme extrato juntado em anexo e, além disso, em providência a ser implementada pelo Presidente da Câmara de Vereadores, no prazo de vinte e quatro horas contadas da intimação (art. 240, caput, do CPC), expedindo-se mandado para esse fim sob pena de multa diária e pessoal cominada em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), determino o afastamento do réu João Alfredo Herbst da função de Prefeito Municipal de Mafra, proibindo futura nomeação dele para

quaisquer cargos de livre provimento, sem prejuízo do recebimento dos salários.

Oficie-se com urgência aos Cartórios de Registro de Imóveis das cidades de Mafra, Rio Negro, Itaiópolis, Papanduva, Monte Castelo e Canoinhas, além do Departamento de Trânsito dos Estados de Santa Catarina e Paraná, a fim de que procedam à averbação da indisponibilidade de todos os bens existentes em nome dos réus, órgãos que, no prazo de dez dias, deverão fornecer certidões acerca dos bens imóveis e veículos que foram localizados em nome dos réus para juntada aos autos.

[...]

As respostas positivas à tentativa de bloqueio eletrônico de valores deverão ser objeto de termo próprio, tão logo a conta única confirme a transferência em favor de subconta vinculada ao processo. (Grifado agora)

Consultando o SAJ, verifiquei que no dia 06 de fevereiro deste ano foi prolatada a seguinte decisão:

Defiro o requerimento de fls. 143-144, por seus próprios fundamentos, diante do princípio constitucional da impenhorabilidade de salários, bem como da insignificância do valor pecuniário em relação ao valor da ação, que se verá garantido pelo patrimônio imobiliário do requerente.

Vindo os valores bloqueados pelo BacenJud à conta única, expeça-se o respectivo alvará em prol do requerente, ou a seu procurador.

Do teor das aludidas decisões constata-se que a determinação para a indisponibilidade de bens recaiu apenas sobre o patrimônio necessário para assegurar a cobertura do dano ao erário. Portanto, se o cumprimento da primeira decisão teve o condão de indisponibilizar todo o patrimônio do agravante que é estimado em R\$ 25.000.000,00 (vinte e cinco milhões) (fl. 6) ou R\$ 22.000.000,00 (vinte e dois milhões) (fl. 37), ao que parece o juízo *a quo* já tomou as providências necessárias para atender ao teor de sua decisão.

Dessa forma, a alegação de que a indisponibilidade de todo patrimônio está inviabilizando a atividade econômica do agravante perdeu o substrato fático.

A respeito dos requisitos legais para a indisponibilidade de bens, a doutrina controverte sobre a exigência do *periculum in mora*.

Para uma corrente, tratando-se de medida cautelar devem estar presentes concomitantemente a relevância da argumentação, ou seja, a probabilidade da procedência do pedido e, ainda, o risco da demora.

Nesse sentido, o agravante alega que não existem indícios de dilação do seu patrimônio, nem qualquer elemento indicando possível tentativa de fraude à futura execução.

De outra parte, outra corrente, alega que basta a existência da relevância da argumentação, pois o perigo da demora está implícito.

Nesse sentido, Rogério Pacheco Alves sustenta que:

De fato, exigir a prova, mesmo que indiciária, da intenção do agente de furtar-se à efetividade da condenação representaria, do ponto de vista prático, o irremediável esvaziamento da indisponibilidade perseguida em nível constitucional e legal. Como muito bem percebido por José Roberto dos Santos Bedaque, a indisponibilidade prevista na Lei de Improbidade é uma daquelas hipóteses nas quais o próprio legislador dispensa a demonstração do perigo de dano (GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade Administrativa. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 830).

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça acolhe o primeiro entendimento, de modo que se faz necessário apreciar a existência de perigo da demora.

Partilho do mesmo entendimento do ilustre magistrado a quo quando ponderou com propriedade:

O perigo da demora também ocorre. Trata-se de ação com vários réus, envolvendo questão que demandará ampla dilação probatória

e com interesses relevantes em debate, o que acaba alongando a marcha processual. Por isso mesmo, há o risco de não se ter meios de executar a sentença condenatória, caso venha a ser este o desfecho do processo, em se aguardando para buscar bens dos envolvidos somente no transcurso da execução da sentença.

Dessa forma, também não evidencio relevância no argumento.

No que se refere a inclusão do valor da multa civil, a pretensão recursal foi recentemente objeto de análise perante o Superior Tribunal de Justiça que modificou acórdão deste Egrégio Tribunal de Justiça, sob fundamento de que a multa civil também integra o valor a ser ressarcido ao final, de modo que deve ser incluído no valor dos bens a serem garantidos para o ressarcimento, portanto, constitui objeto da indisponibilidade.

Diante da jurisprudência do Egrégio Superior Tribunal de Justiça o argumento carece de relevância, consoante o seguinte precedente:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. LIA. INDISPONIBILIDADE DE BENS. MULTA CIVIL. INCLUSÃO.

1. Considerando-se que a multa civil integra o valor da condenação a ser imposta ao agente improbo, a decretação da indisponibilidade de bens deve abrangê-la, já que essa medida cautelar tem por objetivo assegurar futura execução da sentença condenatória proferida na ação civil por improbidade administrativa.
2. Ainda que não haja previsão literal no art. 7º da Lei n. 8.429/92 para a decretação da indisponibilidade de bens em relação à multa civil, o magistrado tem a faculdade de determinar a efetivação da medida com base no poder geral de cautela consubstanciado nos artigos 797 e 798, do Código de Processo Civil.
3. Aferida a razoabilidade da medida, o valor dos bens tornados indisponíveis deve ser suficiente para o pagamento do valor total da condenação, abrangida a multa civil.
4. Recurso especial provido (REsp. n. 1.023.182/SC, 2ª Turma, rel. Min. Castro Meira, j. em 23-9-2008, v.u).

Carece de relevância o argumento de que não é possível decretar a indisponibilidade de bens sem manifestação prévia do acusado, sob pena de violação ao princípio do contraditório.

Isso porque o conhecimento prévio do acusado poderá frustrar a execução da medida, o que permite que o contraditório seja exercido posteriormente.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. MEDIDA CAUTELAR. INDISPONIBILIDADE E SEQUESTRO DE BENS. REQUERIMENTO NA INICIAL DA AÇÃO PRINCIPAL. DEFERIMENTO DE LIMINAR INAUDITA ALTERA PARS ANTES DA NOTIFICAÇÃO PRÉVIA. POSSIBILIDADE. ARTS. 7º E 16 DA LEI N. 8.429/92. AFASTAMENTO DO CARGO. DANO À INSTRUÇÃO PROCESSUAL. INTELIGÊNCIA DO ART. 20 DA LEI N. 8.429/92. EXCEPCIONALIDADE DA MEDIDA.

1. É lícita a concessão de liminar inaudita altera pars (art. 804 do CPC) em sede de medida cautelar preparatória ou incidental, antes do recebimento da Ação Civil Pública, para a decretação de indisponibilidade (art. 7º, da Lei n. 8429/92) e de sequestro de bens, incluído o bloqueio de ativos do agente público ou de terceiro beneficiado pelo ato de improbidade (art. 16 da Lei 8.429/92), porquanto medidas assecuratórias do resultado útil da tutela jurisdicional, qual seja, reparação do dano ao erário ou de restituição de bens e valores havidos ilicitamente por ato de improbidade. Precedentes do STJ: REsp. n. 821.720/DF, DJ 30-11-2007; REsp. n. 206.222/SP, DJ 13-2-2006 e REsp. n. 293.797/AC, DJ 11-6-2001.

[...]

4. A exegese do art. 20 da Lei n. 8.249/92 impõe cautela e temperamento, especialmente porque a perda da função pública, bem assim a suspensão dos direitos políticos, porquanto modalidades de sanção, carecem da observância do princípio da garantia de defesa, assegurado no art. 5º, LV da CF, juntamente com a obrigatoriedade do contraditório, como decorrência do devido processo legal (CF,

art. 5º, LIV), requisitos que, em princípio, não se harmonizam com o deferimento de liminar inaudita altera pars, exceto se efetivamente comprovado que a permanência do agente público no exercício de suas funções públicas importará em ameaça à instrução do processo.

[...]

7. Recurso Especial parcialmente provido para reconhecer a possibilidade de deferimento de liminar inaudita altera pars (art. 804 do CPC), apenas, para a decretação de indisponibilidade (art. 7º, da Lei n. 8.429/92) e de seqüestro de bens, incluído o bloqueio de ativos do agente público ou de terceiro beneficiado pelo ato de improbidade (art. 16 da Lei n. 8.429/92) (Resp. n. 929.483/BA, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, j. em 2-12-2008, v.u).

A discussão a respeito da indisponibilidade sobre bens adquiridos antes da suposta prática dos atos de improbidade administrativa está sedimentada no Superior Tribunal de Justiça em sentido oposto à pretensão recursal, sendo despedido de relevância mais esse argumento, conforme demonstram os precedentes das Turmas da 1ª Seção:

ACÇÃO CIVIL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. MEDIDA LIMINAR. INDISPONIBILIDADE DE BENS. AGRAVO DE INSTRUMENTO. NOTIFICAÇÃO PRÉVIA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF. PERICULUM IN MORA. SÚMULA 7/STJ. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. SÚMULA 284/STF. DEMANDA PRÓPRIA. MATÉRIA DEBATIDA. VIOLAÇÃO NÃO CARACTERIZADA. INDISPONIBILIDADE RECAÍ SOBRE TANTOS BENS QUANTOS NECESSÁRIOS.

I — Trata-se de decisão que, em autos de ação civil pública visando à apuração de atos de improbidade administrativa consubstanciados em irregularidades cometidas em concessões de diversos empréstimos financeiros, concedeu a liminar para determinar a indisponibilidade dos bens dos requeridos.

[...]

VI — Este eg. Superior Tribunal de Justiça já firmou entendimento no sentido de que, tratando-se de ação civil por improbidade admi-

nistrativa, a indisponibilidade de bens pode alcançar quantos forem necessários ao ressarcimento do dano, inclusive os adquiridos antes do ilícito. Precedentes: REsp. n. 762.894/GO, rel. Min. DENISE ARRUDA, DJe de 4-8-2008, REsp. n. 806.301/PR, rel. Min. LUIZ FUX, DJe de 3-3-2008, REsp. n. 702.338/PR, rel. Min. CASTRO MEIRA, DJe de 11-9-2008.

VII — Recurso parcialmente conhecido e, nessa parte, improvido. (REsp. n. 1.081.138/PR, 1ª Turma, rel. Min. Francisco Falcão, j. em 14-10-2008, v.u).

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO — AÇÃO CIVIL PÚBLICA — INDISPONIBILIDADE DE BENS: ART. 7º DA LEI 8.429/92 — REQUISITOS DO FUMUS BONI IURIS E DO PERICULUM IN MORA — DECRETAÇÃO SOBRE BENS ADQUIRIDOS ANTES DOS ATOS SUPOSTAMENTE ÍMPROBOS: POSSIBILIDADE — VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC: INEXISTÊNCIA.

1. Inexiste violação do art. 535 do CPC se o Tribunal analisa, ao menos implicitamente, as questões tidas por omissas.
2. O STJ tem entendido que a medida prevista no art. 7º da Lei n. 8.429/92 tem natureza cautelar e seu deferimento depende da presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*.
3. Prevalece nesta Corte a tese de que a indisponibilidade pode alcançar bens adquiridos antes ou depois da suposta prática do ato ímprobo.
4. Recurso especial provido em parte (REsp. n. 811.979/SP, 2ª Turma, Rel. Mina. Eliana Calmon. j. em 16.09.2008, v.u).

Eventual exposição do agravante à mídia não tem o condão de revogar medida acautelatória que visa preservar o patrimônio público.

Os valores apontados pelo *Parquet* estão devidamente justificados e, foram bem equacionados pelo magistrado *a quo*, devendo-se ressaltar que, nessa fase processual, afigura-se adequado dimensionar de maneira substancial o valor a ser ressarcido para preservar o patrimônio público.

Com essas considerações, entendo que não estão presentes os requisitos legais necessários para a concessão da antecipação da tutela recursal.

DECISÃO

Ante o exposto:

a) admito o processamento do recurso, porém não aprecio as matérias contidas nas petições sob Protocolos n. 513.776 e 104.191, porque extemporâneas, sendo afetadas pela preclusão e o seu conhecimento implicaria em supressão de instância;

b) indefiro o pedido de concessão da antecipação dos efeitos da tutela recursal;

c) intimar o agravado para que responda no prazo de 10 (dez) dias, conforme art. 527, V do Código de Processo Civil;

d) dar vista ao Ministério Público, por força do art. 527, VI do Código de Processo Civil;

e) comunicar ao Juízo *a quo*;

f) depois, redistribuir, nos termos do Ato Regimental n. 41/2000.

Publicar e intimar as partes.

Florianópolis, 16 de fevereiro de 2009.

Carlos Alberto Civinski
RELATOR

HABEAS CORPUS

Habeas Corpus n. 2009.013028-3, de Içara

Impetrante: Marco Antonio Colombi Zappellini

Paciente: Arriel Fermino

DESPACHO

Marco Antonio Colombi Zappellini impetrou o presente *habeas corpus*, no dia 20 de março de 2009, em favor do paciente Arriel Fermino em razão de decisão da 1ª Vara da Comarca de Içara que determinou a prisão civil de depositário judicial que deixou de restituir veículo automotor (fls. 78-80).

Situação fática narrada na inicial:

— o paciente firmou o compromisso de depositário judicial no dia 13.12.2007 e, em razão de certidão do oficial de justiça dando conta que o veículo automotor foi alienado.

— o paciente foi recolhido a prisão no dia 17 de março de 2009;

Fundamento da impetração:

— não há justa causa para a segregação do paciente, pois o entendimento da Súmula 619/STF está superado;

— o entendimento atual do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que apenas é cabível a prisão civil de devedor de alimentos.

Decido.

Trata-se do segundo *habeas corpus* impetrado em favor do paciente.

Discute-se a possibilidade de cabimento da prisão civil de depositário judicial à luz do novo entendimento jurisprudencial.

No caso em apreço, é fato incontroverso que o paciente assumiu o encargo de depositário judicial, compromissando-se a restituir o bem caso fosse necessário, no dia 13 de dezembro de 2007.

O entendimento jurisprudencial defendido recentemente pelo Supremo Tribunal Federal e acolhido em vários precedentes desta Corte dá conta de como ocorreu a revogação da lei infraconstitucional ante a incorporação do tratado internacional não haveria fundamento legal para amparar a prisão civil.

Nesse sentido, cito os seguintes precedentes deste Tribunal: HC n. 2008.068098-1, 1ª Câmara de Direito Civil, rel. Des. Joel Dias Figueira Junior, j. em 16-12-2008, v.u; HC n. 2008.078747-4, 3ª Câmara de Direito Civil, rel. Des. Fernando Carioni, j. em 29-1-2009, v.u; HC n. 2008.0652615-1, 1ª Câmara de Direito Comercial, rel. Des. Salim Schead dos Santos, j. em 6-11-2008, v.u; HC n. 2008.064246-2, 1ª Câmara de Direito Comercial, rela. Des. Marli Mosimann, j. em 13-11-2008, v.u; HC n. 2008.059282-0, 4ª Câmara de Direito Comercial, rel. Des. Lédio Rosa de Andrade, j. em 2-12-2008, v.u; HC n. 2008.069870-6, 4ª Câmara de Direito Comercial, rel. Des. José Carlos Karsten Kohler, j. em 2-12-2008, v.u.

Esse entendimento, apesar de dominante, não pode ser aplicado ao caso vertente, motivo pelo qual o pedido de concessão de medida cautelar em caráter liminar deve ser indeferido.

Primeiro, porque se considerarmos que a legislação infraconstitucional foi revogada com a incorporação do tratado internacional estaremos admitindo que todos os atos praticados sob a égide da lei anterior são nulos de pleno direito e, nesse passo, todos aqueles que foram submetidos pelo Estado às sanções previstas em lei revogada poderão, aprioristicamente, manejar ações pela prática de ato ilícito em face do Estado.

Segundo, porque a conduta do magistrado que determina o cerceamento da liberdade de depositário sem base legal constitui infração penal.

Terceiro, porque o depósito perfectibilizado com a subscrição do depositário constitui ato jurídico perfeito, não podendo ser atingido por futura mudança de entendimento jurisprudencial.

Quarto, pela aplicação em nosso ordenamento jurídico do princípio da segurança jurídica que obsta a produção de efeitos de ato que viole a confiança legítima.

Quinto, porque a torpeza do devedor duplamente faltoso não pode ser prestigiada ante a normatividade dos princípios do *venire contra factum proprio* (proibição comportamento contraditório fundado no *pacta sunt servanda*) e *nemo auditor propriam turpetudinem* (ninguém deve ser ouvido alegando a própria torpeza).

Sexto, porque a inexistência de sanção para o descumprimento do depósito teria levado o magistrado *a quo* a determinar a remoção do bem para o credor, ao invés de deixá-lo sob a guarda do devedor.

Sétimo, pois a conduta do depósito judicial que inverteu em benefício próprio de coisa móvel alheia, configurando o crime de apropriação indébita qualificada, tipificada no art. 168, § 1º, II do Código Penal.

Portanto, diante da ausência de plausibilidade da argumentação do paciente, o indeferimento da tutela inibitória de urgência deduzida na presente ação constitucional é a medida que se impõe.

Ante o todo exposto, indefiro a medida cautelar em caráter liminar.

A Diretoria Judiciária deverá providenciar o desapensamento do feito.

Florianópolis, 20 de março de 2009.

Carlos Alberto Civinski
RELATOR EM REGIME DE PLANTÃO

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

AGRAVOS DE INSTRUMENTO

Agravo de Instrumento n. 2008.072581-4, de Blumenau

Relator: Des. Sérgio Izidoro Heil

AGRAVO DE INSTRUMENTO. INDENIZATÓRIA. LESÃO CAUSADA EM PASSAGEIRA QUE, AO DESCER DO ÔNIBUS, PRENDE O DEDO EM PARAFUSO FROUXO DA PORTA DO VEÍCULO. CONCESSÃO DE TUTELA ANTECIPADA PARA CUSTEIO DAS DESPESAS MÉDICAS NECESSÁRIAS À RECUPERAÇÃO FÍSICA DA AUTORA. PRESENÇA DA VEROSSIMILHANÇA DAS ALEGAÇÕES E DO FUNDADO RECEIO DE DANO IRREPARÁVEL OU DE DIFÍCIL REPARAÇÃO. IRREVERSIBILIDADE DA MEDIDA. PREVALÊNCIA DO DIREITO À SAÚDE. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DA SEGURADORA PARA PAGAMENTO DOS VALORES DETERMINADOS. PROVA PERICIAL REQUERIDA POR AMBAS AS PARTES. AUTORA BENEFICIÁRIA DA GRATUIDADE DA JUSTIÇA. ADIANTAMENTO DE METADE DA DESPESA PELAS DEMANDADAS. HERMENÊUTICA CONJUNTA DOS ARTIGOS 3º, V, DA LEI N. 1.060/50, 5º, XXXV, DA CF E 19 E 33 DO CPC. OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DO ACESSO À JUSTIÇA E DA PROPORCIONALIDADE. DECISÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

"Embora defeso ao julgador conceder a tutela antecipada quando houver perigo de irreversibilidade do provimento, necessário se

faz sopesar os interesses em conflito, a fim de resguardar o direito fundamental à vida" (Des. Fernando Carioni).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2008.072581-4, da comarca de Blumenau (4ª Vara Cível), em que é agravante Companhia de Seguros Aliança da Bahia, e agravada Claurenice Duarte:

ACORDAM, em Segunda Câmara de Direito Civil, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento. Custas legais.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto pela Companhia de Seguros Aliança da Bahia contra decisão proferida pelo Juiz de Direito da 4ª Vara Cível da comarca de Blumenau que, nos autos da ação de Indenização por Danos Materiais e Morais decorrentes de Acidente de Trânsito n. 008.07.024506-9, proposta por Claurenice Duarte contra Viação Verde Vale Ltda., deferiu a tutela antecipada para que as rés paguem a intervenção cirúrgica, respectivos exames, medicamentos, aparelhos e internação da autora (fls. 225-226).

Aduz, em resumo, que: as provas colacionadas nos autos não comprovam que o acidente ocorreu efetivamente dentro do ônibus da Viação Verde Vale; não pode prevalecer a determinação de pagamento, pela agravante, dos custos com a perícia médica; não há fundado receio de dano irreparável ou difícil reparação, pois o suposto acidente e danos decorrentes ocorreram em 18 de janeiro de 2007 e não há provas de que a lesão estaria aumentando; há perigo de irreversibilidade do provimento da medida; não há como responsabilizar solidariamente a agravante e a Viação Verde Vale pelo pagamento da intervenção cirúrgica; tratando-se de um seguro de dano patrimonial, a seguradora denunciada somente terá

obrigação ao pagamento de indenização objeto de condenação judicial transitada em julgado.

Pugna pela concessão do efeito suspensivo e, ao final, pelo total provimento do recurso.

Foi denegado o efeito almejado (fls. 238-242).

VOTO

Insurge-se a recorrente contra decisão que concedeu tutela antecipada nos autos da ação indenizatória aforada pela agravada, a fim de determinar que as despesas médicas decorrentes de acidente de trânsito sejam arcadas pela empresa ré e, solidariamente, pela seguradora.

Primeiramente, sem razão a seguradora quando alega que não pode ser responsabilizada solidariamente com a ré pelo pagamento das despesas médicas suportadas pela autora.

É cediço que a denunciada deve efetuar diretamente o pagamento dos valores cobertos pelo contrato de seguro, sem que seja necessário o reembolso.

Neste sentido:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. INDENIZAÇÃO POR ACIDENTE DE TRÂNSITO. TUTELA ANTECIPADA. PENSÃO MENSAL POR INCAPACIDADE LABORAL TRANSITÓRIA. DEFERIMENTO. I – EXTENSÃO DOS EFEITOS DA TUTELA ANTECIPADA À SEGURADORA DENUNCIADA. POSSIBILIDADE, NO CASO. II — EMBRIAGUEZ DO CONDUTOR. IRRELEVÂNCIA. CLÁUSULA LIMITATIVA DO SEGURO SEM O DEVIDO DESTAQUE. AUSÊNCIA DE PROVAS ACERCA DO AGRAVAMENTO DO RISCO. III – ABATIMENTO DO BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. NATUREZAS DISTINTAS DAS VERBAS. IV – ASTREINTES FIXADOS EM DOIS MIL REAIS. EXCESSO. VEDAÇÃO A POSSÍVEL ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA. PROPORCIONALIDADE NECESSÁRIA. REDUÇÃO

DA MULTA PARA CENTO E CINQUENTA REAIS POR MÊS. V – DECISÃO INTERLOCUTÓRIA PARCIALMENTE REFORMADA. AGRAVO PROVIDO PARA ESTENDER OS EFEITOS DA TUTELA À SEGURADORA E REDUZIR O VALOR DA MULTA COMINATÓRIA.

I – "Se a seguradora poderia ter sido demandada diretamente, não resta dúvida de que, ao ingressar no feito por denúncia, assumiu a condição de litisconsorte. Nessa situação, submete-se à coisa julgada e, no caso de condenação, é legitimada para figurar no pólo passivo da execução, cabendo-lhe o adimplemento do débito nos limites da sua responsabilidade." (STJ. REsp. n. 713115/MG, rel. Min. CASTRO FILHO, j. em 21.11.2006). Como litisconsorte passiva, possível o pleito de tutela antecipada diretamente à seguradora denunciada ou o requerimento de extensão dos efeitos da antecipação de tutela já deferida contra o denunciante. [...] (AI n. 2007.027876-9, de Blumenau, rel. Des. Subst. Henry Petry Junior, j. 4-3-08).

Assim, diante da lide secundária e o pacto firmado entre a ré e a seguradora, o Togado *a quo* agiu com acerto ao determinar que esta arque com as despesas médicas suportadas pela autora até o limite da apólice, ante a sua responsabilidade solidária.

Extrai-se dos autos que Claurenice Duarte/autora, em 13 de janeiro de 2007, pegou um ônibus coletivo ao sair do trabalho e, quando pretendia saltar no ponto próximo a sua casa, prendeu o anel que usava na mão esquerda em um parafuso frouxo existente no veículo, acabando por machucar gravemente um dedo esquerdo.

Diante de tais fatos, a autora aforou ação indenizatória contra a empresa de ônibus Viação Verde Vale Ltda., requerendo o ressarcimento de danos materiais e morais sofridos em razão do acidente e, ainda, a antecipação da tutela, para determinar que a ré arque com as despesas advindas do tratamento médico necessário à sua recuperação.

Sobreveio, então a decisão agravada, que deferiu o pedido liminar, ensejando a interposição do presente agravo de instrumento pela seguradora da ré.

Antônio Cláudio da Costa Machado ensina que o instituto da antecipação da tutela "corresponde ao maior e, também, ao mais perigoso de todos os avanços introduzidos pela chamada reforma do processo civil". Alerta que "muita prudência e comedimento serão exigidos do juiz para o exercício dessa imensa parcela de poder que a lei agora coloca à sua disposição com o intuito de fomentar a justiça célere e efetiva" (A reforma do processo civil interpretada. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 22).

Estabelecida essa premissa, deve-se verificar se estão presentes os requisitos que ensejam a concessão da medida judicial. Sobre esses critérios, discorre Sérgio Bermudes:

A verossimilhança, ditada pela prova inequívoca, suscetível de produzir aparência de verdade, é indispensável à antecipação da tutela, em absolutamente todos os casos, como indispensável é, igualmente, a inexistência de perigo de irreversibilidade da medida (parágrafo 1º). Concomitantemente com esses requisitos inafastáveis, é preciso (a) haver fundado receio de dano irreparável, ou (b) de difícil reparação (inciso I), ou, então, que (c) ocorra abuso de direito de defesa, ou (d) manifesto propósito protelatório do réu (inciso II). Concede-se, pois, a tutela sempre diante da verossimilhança da alegação e da possibilidade de reversão, juntamente com qualquer um dos requisitos apontados em (a), (b), (c), bastando que se verifique um deles (Comentários ao Código de Processo Civil, V. III, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1996, p. 537).

Acerca da irreversibilidade leciona J. E. Carreira Alvin:

No fundo, irreversível não é uma qualidade do provimento – na medida em que toda decisão, num determinado sentido, comporta decisão em sentido contrário –, mas da consequência fática que dele resulta, pois esta é que poderá correr o risco de não ser reposta no *status quo ante*, ou não sê-lo em toda a sua inteireza, ou sê-lo somente a elevadíssimo custo, que a parte beneficiada não teria

condições de suportar (Tutela Antecipada na Reforma Processual. 2. ed. Curitiba: Juruá, 1999, p. 98).

No presente caso, verossímel se mostra a assertiva de que a agravada faz jus ao tratamento médico para recuperação do seu dedo esquerdo, o qual foi lesionado no momento em que usufruía do transporte coletivo prestado pela ré. Isto é o que demonstram os documentos de fls. 43-46, 51-56 e o depoimento da testemunha que presenciou o acidente (fl. 222).

Vale transcrever a informação prestada pela fisioterapeuta que atendeu a autora:

Comunico que a paciente CLAURENICE DUARTE, 39 anos, revisora, referiu corte do dedo da mão esquerda em acidente ao descer do ônibus em 10-1-07.

RAIO-X: mão E (13-1-07): densidade óssea normal. Espaços articulares preservados. Não se observa fratura no presente exame. Aumento do volume das partes moles.

TRATAMENTO: a paciente realizou 10 (dez) sessões de fisioterapia com calor-superficial (infra-vermelho) e exercícios para mobilidade e força.

EVOLUÇÃO: devido à provável ruptura do tendão flexor do 4º dedo, a paciente não apresentou melhora com o tratamento fisioterapêutico; devendo a paciente retornar ao médico que lhe encaminhará para cirurgia (fl. 54).

E o depoimento da testemunha Jaqueline Lunelli:

[...] que estava dentro do ônibus; que viu quando a autora prendeu o dedo com o anel em um parafuso que estava no corrimão da descida da porta traseira; que a autora ficou presa por um instante; que quando soltou veio a cair sentada na escada do ônibus; que foi socorrer a autora; que não tiveram ajuda dos encarregados do ônibus [...]; que o ônibus arrancou sem prestar socorro [...]; que a cobradora perguntou se algo tinha acontecido; que como não houve resposta acabaram saindo com o ônibus; que o ônibus tem 3 portas; que a autora saiu pela porta do meio e a depoente pela porta de trás (fl. 222).

Ademais, vale destacar que a responsabilidade da empresa de ônibus é objetiva, sendo desnecessária a existência de culpa pelo evento para a constatação do dever de indenizar.

O perigo de lesão grave e de difícil reparação resta estampado na imediata necessidade de realização da cirurgia e de tratamento adequado. Certo é que as implicações e conseqüências da não realização do tratamento agravam-se com o decorrer do tempo, constatando-se, assim, o risco com a demora da prestação jurisdicional.

No que tange ao perigo de irreversibilidade do provimento antecipado, indispensável sopesar os bens jurídicos a serem protegidos. De um lado temos a saúde física da agravada e, de outro, valor em pecúnia a ser dispendido pela seguradora agravante.

Com efeito, o caso ora analisado impõe ao julgador levar em conta o princípio da proporcionalidade. Nessa esteira, assinala Carreira Alvim que "no conflito entre dois bens jurídicos, deve-se outorgar a tutela para evitar que o bem maior seja sacrificado ao menor, segundo uma escala de valores pela qual se pauta o *homo medius*, na valoração dos bens da vida" (Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer na reforma processual. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 140).

Sendo assim, por óbvio que a necessidade de propiciar à recorrida o tratamento adequado, sob pena de causar-lhe dano físico irreversível, sobrepõe-se ao perigo de irreversibilidade da medida, caso a demanda não seja julgada procedente e as rés suportem prejuízo financeiro.

Em casos similares, já se decidiu:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO – ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA JURISDICIONAL – REQUISITOS DO ART. 273, DO CPC DEMONSTRADOS – IRREVERSIBILIDADE DOS EFEITOS DA MEDIDA – DIREITO À SAÚDE – APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE – PREVALÊN-

CIA SOBRE O DIREITO PATRIMONIAL DO MUNICÍPIO – OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES – INEXISTÊNCIA – AUSÊNCIA DE DOTAÇÃO ORÇAMENTÁRIA – POSSIBILIDADE DE DISPENSA DE LICITAÇÃO DADA A URGÊNCIA (ART. 24 DA LEI N. 8.666/93) – MULTA DIÁRIA – VALOR DESPROPORCIONAL – REDUÇÃO – CONTRACAUTELA – NECESSIDADE. (AI n. 2008.010867-8, de São José, rel. Des. Jaime Ramos, j. 11-12-08).

Desta forma, permanece a tutela antecipada.

Por fim, compulsando-se os autos, conclui-se que ambas as partes pleitearam a realização da perícia, conforme se extrai das petições de fls. 19/36, 69/79 e 168/185.

Prima facie, aplicar-se-ia o art. 33 do CPC, cabendo à agravada, exclusivamente, arcar com os honorários do perito nomeado.

Dispõe o artigo citado:

Art. 33. Cada parte pagará a remuneração do assistente técnico que houver indicado; a do perito será paga pela parte que houver requerido o exame, ou pelo autor, quando requerido por ambas as partes ou determinado de ofício pelo juiz (grifo nosso).

Entretanto, a jurisprudência desta Corte vem dando novos contornos à interpretação do artigo supra, em razão das dificuldades de acesso à justiça encontradas pelos beneficiários da justiça gratuita, a qual, como é ressabido, abrange também as despesas relativas aos honorários periciais.

Diz o art. 3º, V, da Lei n. 1.060/50:

A assistência judiciária compreende as seguintes isenções:

[...]

V — dos honorários de advogado e peritos.

A Carta Magna deu proteção constitucional ao princípio do acesso à justiça, trazendo, em seu artigo 5º:

XXXV — a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Preceitua também o art. 19 do Código de Processo Civil que:

Art. 19. Salvo as disposições concernentes à justiça gratuita, cabe às partes prover as despesas dos atos que realizam ou requerem no processo, antecipando-lhes o pagamento desde o início até sentença final; e bem ainda, na execução, até a plena satisfação do direito declarado pela sentença (grifo nosso).

Uma hermenêutica conjunta de tais preceitos, aliada aos contornos determinados pelo princípio da proporcionalidade, faz concluir que, no caso em tela, é medida que se impõe a determinação de pagamento de metade dos honorários periciais àquele que litiga contra beneficiário da justiça gratuita, caso também tenha requerido a produção de prova pericial.

Dos julgados desta Corte, colhe-se:

[...] 3. Quando requerida a perícia por ambos os litigantes, é do autor a obrigação de arcar com as despesas de sua realização, consoante disciplina o art. 33, do Código de Processo Civil. No entanto, sendo ele beneficiário de gratuidade judiciária, revela-se razoável a atribuição deste encargo, pela metade, ao requerido, o qual detém interesse preponderante na produção da prova técnica que, se não realizada, tem o condão de acarretar a veracidade dos fatos alegados pelos consumidores (AI n. 2008.046434-9, de Xanxerê, rel. Des. Eládio Torret Rocha, j. 18/12/08).

Diante do exposto, vota-se pelo desprovimento do recurso, mantendo-se incólume a decisão atacada.

DECISÃO

Nos termos do voto do relator, a Câmara, à unanimidade, conheceu do recurso e negou-lhe provimento.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Desembargador Mazoni Ferreira, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Luiz Carlos Freyesleben.

Florianópolis, 5 de março de 2009

Sérgio Izidoro Heil
RELATOR

Agravo de Instrumento n. 2008.081653-1, de Capital

Relator: Des. Sérgio Izidoro Heil

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO COMINATÓRIA DE OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER E INDENIZATÓRIA. CONCESSÃO DE TUTELA ANTECIPATÓRIA COM FIXAÇÃO DE ASTREINTE. MULTA FIXADA EM R\$ 100.000,00 (CEM MIL REAIS) POR ATO PROIBIDO. EXECUÇÃO INTENTANDO A COBRANÇA DE R\$ 792.000,00 (SETECENTOS E NOVENTA E DOIS MIL REAIS) RELATIVOS À *ASTREINTE*. AÇÃO PROPOSTA SEM A PROLAÇÃO DE SENTENÇA. IMPOSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE TÍTULO EXECUTIVO. DECISÃO NÃO CONTEMPLADA NO ROL DO ARTIGO 475-N DO CPC. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA TAXATIVIDADE. PRONUNCIAMENTO JUDICIAL DE CARACTERÍSTICA ESSENCIALMENTE MUTÁVEL. INEXIGIBILIDADE DO SUPOSTO TÍTULO. NECESSIDADE DE PRESTAÇÃO DE CAUÇÃO, CASO ADMISSÍVEL O PROCESSAMENTO DA EXECUCIONAL. GARANTIA, CONTUDO, NÃO OFERTADA OU EXIGIDA. EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2008.081653-1, da comarca de Capital (1ª Vara Cível), em que é agravante O Santo Entretenimento, Produções e Eventos Ltda. Epp, e agravada Associação de Proprietários e Moradores de Jurerê Internacional — Ajin:

ACORDAM, em Segunda Câmara de Direito Civil, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe provimento. Custas legais.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento, interposto por O Santo Entretenimento, Produções e Eventos Ltda. EPP, em face de decisão que, nos autos do "cumprimento de sentença em Ação Ordinária Cominatória de Obrigação de Não Fazer, Ajustamento de Conduta e Indenizatória com Pedido de Antecipação de Tutela" n. 023.07.001439-6/001, em trâmite perante o juízo da 1ª Vara Cível da comarca da Capital, movida por Associação de Proprietários e Moradores de Jurerê Internacional – AJIN, rejeitou a exceção de pré-executividade apresentada, condenou o recorrente ao pagamento de honorários advocatícios no importe de 20% (vinte por cento) sobre o valor atualizado da execução e determinou a expedição, *incontinenti*, de mandado de penhora (fls. 43/47).

Em suas razões recursais, a agravante realizou breve histórico processual e, no mérito, afirmou que: a execução em tela é provisória e, não, absoluta, devendo o Magistrado presidente do feito adotar as cautelas inerentes à hipótese, especialmente no que tange à ordem de bens à penhora e à apreciação das provas trazidas pelo executado em sua defesa; o valor da multa foi arbitrado com evidente excesso; o valor dado à execução foi unilateralmente fixado pela agravada; acostou aos autos todas as licenças e autorizações possíveis; a recorrida desconsiderou a concessão de antecipação da tutela recursal em outro agravo de instrumento, pela qual foi permitido à recorrente realizar as festas de reveillon e carnaval; os atos apresentados como descumpridores da ordem liminar não a descumpriram, especialmente a ocupação das vagas para evento promocional, a qual foi autorizada pelos órgãos competentes da Municipalidade; é inviável a execução provisória da tutela antecipatória; o valor penhorado irá conduzir à bancarrota o negócio do recorrente; é indispensável a prestação de caução idônea e suficiente; tendo a exceção de pré-executividade sido recebida como impugnação ao cumprimento de sentença, era indispensável permitir a dilação probatória, o que não foi feito, resultando em cerceamento de

defesa; houve nulidade no processamento da impugnação pois, não lhe tendo sido atribuído efeito suspensivo, deveria ter sido processada em autos apartados; é incabível a condenação ao pagamento de honorários advocatícios em impugnação.

Concluiu com pedidos de concessão de efeito suspensivo ao agravo para determinar a paralisação da execução e de posterior confirmação da medida liminar para suspender a execução até que sobrevenha título executivo judicial e para reduzir o valor da *astreinte* a valor razoável.

Em decisão da lavra da Desa. Subst. Sônia Maria Schmitz, foi negada a antecipação dos efeitos da tutela recursal (fls. 156-159).

Os embargos de declaração opostos pela agravante (fls. 160/162) foram rejeitados pela decisão de fls. 164-166.

Contra-minuta às fls. 169-190.

VOTO

Por meio do presente agravo, a recorrente apresenta dois pedidos: o de suspensão da execução até que sobrevenha título executivo judicial e de redução da *astreinte* cominada a valor razoável. O pedido de sobrestamento do feito executivo é logicamente antecedente ao pleito de minoração do valor executado, de modo que por aquele se deve iniciar a análise do mérito recursal.

Na espécie, a recorrida propôs ação cominatória de obrigação de não fazer cumulada com pedido indenizatório. Em sua inicial, requereu a concessão de antecipação dos efeitos da tutela para que a recorrente deixasse de realizar uma série de condutas, sob pena de incidência de multa diária no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais). Recebida a peça póstica, o Magistrado *a quo* deferiu o pleito antecipatório e, a seu alvedrio, fixou

astreinte no importe de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) por cada ato de descumprimento.

No curso da demanda principal, sem que esta nem sequer tenha sido sentenciada, a associação recorrida propôs "ação de execução de sentença", por meio da qual cobra da agravante o montante de R\$ 792.000,00 (setecentos e noventa e dois mil reais). Referido débito decorre da incidência da *astreinte* arbitrada pelo juízo *a quo*, ante o alegado descumprimento da ordem de não fazer determinada no curso da demanda principal.

A questão da possibilidade de execução das *astreintes* arbitradas em sede de tutela antecipatória, sem que haja trânsito em julgado da sentença, provoca grandes discussões. Tanto na doutrina, quanto na jurisprudência, é possível encontrar opiniões diametralmente opostas, admitindo e rejeitando referida possibilidade, ambas calcadas em sólidos argumentos.

Muitas são as micro revoluções processuais causadas pelos diversos movimentos reformadores do Código de Processo Civil. Várias das mudanças instituídas tiveram como escopo precípua a concessão de efetividade às decisões judiciais, especialmente no que tange ao cumprimento das obrigações de fazer e não fazer.

Realmente, a efetividade é a grande dificuldade observada pelo processo civil pátrio atualmente. As modificações advindas neste sentido são louváveis e consagram o anseio de que as decisões judiciais não caiam no vazio. Neste sentido, a mais representativa das alterações foi a inserção, nos idos do ano de 1994, da possibilidade de antecipação dos efeitos da tutela, da qual cuida o artigo 273 do CPC.

Neste cenário, a possibilidade de imposição de *astreinte* é uma importante ferramenta para que se possa dobrar a vontade do devedor recalcitrante, fazendo-o cumprir o dever que lhe foi imposto. A atuação da multa cominatória sobre a vontade do obrigado certamente ajuda a conferir maior efetividade às decisões judiciais.

Não obstante tais considerações, é preciso lembrar que o efeito de reverter o ímpeto descumpridor da obrigação não pode estar atrelado à efetiva apreensão de parcela do patrimônio do devedor para pagamento da *astreinte* antes de acertada a lide. Diversamente, o efeito da imposição da multa sobre o ânimo do obrigado deve se limitar à *ameaça* que sobre este recai de ter de arcar, ao final do processo, com o valor da multa que lhe foi imposta.

Neste sentido o comentário de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart:

O que importa, em outras palavras, quando se pensa na finalidade coercitiva da multa, é a ameaça de o réu ter que futuramente arcar com ela. É importante deixar claro que a multa cumpre seu papel através da ameaça que exerce sobre o réu. A multa, para exercer sua finalidade coercitiva, não precisa ser cobrada antes do trânsito em julgado. A finalidade coercitiva não se relaciona com a cobrança imediata da multa, mas apenas com a possibilidade da sua cobrança futura. Tal possibilidade é suficiente para atemorizar o demandado e, assim, convencê-lo a adimplir (*in*: Curso de Processo Civil: Execução. v. 3. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007. p. 82).

Assim, o objetivo de coerção será atingido com a simples imposição da multa, não sendo necessária sua execução no curso do processo para que se confira eficácia à decisão, em caso de eventual inadimplemento. Fazê-lo constitui evidente excesso na tutela antecipatória conferida.

Importa lembrar, neste ponto, que a decisão que concede a antecipação dos efeitos da tutela é essencialmente mutável, quanto a seu conteúdo, amplitude e mesmo admissibilidade de concessão no caso concreto. A tutela antecipatória se funda em mero juízo de verossimilhança, com o qual não se confunde a certeza que deve nortear a prolação de uma sentença de mérito. É, aliás, a decisão final sobre a lide que irá confirmar ou infirmar a antecipação dos efeitos da tutela deferida no curso do pro-

cesso, ainda que essa não tenha sido objeto de qualquer recurso durante a tramitação da demanda.

A essencial mutabilidade da decisão concessiva da multa – ou seja, sua falta de definitividade – é o que determina a impossibilidade de sua execução antes da sentença. Não se pode, de antemão, determinar qual dos contendores sairá vencedor do embate, de modo que permitir a retirada de bens do patrimônio do réu para satisfazer o crédito decorrente da imposição de *astreinte* pode importar em grave injustiça. O demandado, obrigado a pagar no curso da demanda, poderá se ver despojado de seus bens e, posteriormente, com a infirmação da decisão que deu suporte à "execução liminar da *astreinte*", nunca mais ter recomposto seu patrimônio, injustamente desfalcado, mormente quando, como na presente demanda, não se exigiu do exeqüente a prestação de caução.

Dizer que tal entendimento contribui para retirar eficácia da decisão concessiva da tutela antecipatória contraria a própria lógica do sistema. Ao magistrado assiste amplo direito de determinar as medidas que forem indispensáveis ao cumprimento *in natura* da obrigação, consoante permitido pelo § 5º do art. 461 do CPC, aplicável à antecipação de tutela por força do art. 273, § 3º da mesma codificação. É o que se extrai da expressão "tais como", constante do referido § 5º, a qual indica ser exemplificativo o rol ali lançado. Assim sendo, a reiteração comprovada da inobservância do pronunciamento judicial pode ensejar a modificação da medida concedida, impondo ao réu medida mais gravosa que aquela originalmente concedida. Esta possibilidade franqueada ao juiz – embora subaproveitada – permite, inclusive, a adoção de medidas mais drásticas que a imposição da *astreinte*. São aquelas, por seu maior peso, mais eficientes, conquanto devam ser adotadas com maior parcimônia, em casos extremos.

Tais considerações demonstram claramente a inexigibilidade do crédito decorrente do descumprimento da obrigação resguardada pela

multa até que sobrevenha o trânsito em julgado da decisão que confirme a tutela deferida no curso da demanda. Assim, não estando o título dotado de um de seus atributos imprescindíveis, a teor do que dispõe o art. 580 do CPC (aplicável por força do artigo 475-R do CPC), a execução de *astreintes* não confirmadas por sentença se vê privada de lastro legal para que se lhe autorize seguimento.

É preciso lembrar: a busca por efetividade é louvável, mas o anseio de alcançá-la não pode conduzir ao atropelamento das normas que regem a condução do processo. Essas são, mais que tudo, garantias de imparcialidade e equidistância do Magistrado, o que conduz à lisura processual, fundamento da própria validade do processo. O desrespeito a normas processuais de cunho material conduz, inexoravelmente, à invalidade do processo, com o que não se pode concordar. Aquiescer a tal comportamento traduz-se em ilegalidade, justamente o que as normas processuais visam evitar.

Defendendo o mesmo posicionamento aqui adotado, colhe-se da jurisprudência desta Corte:

Embora a multa coercitiva (astreinte) fixada em sede de antecipação dos efeitos da tutela tenha incidência desde o momento em que se verifica o descumprimento da obrigação imposta, a sua exigibilidade fica condicionada ao trânsito em julgado da sentença que acolhe o pedido formulado, sendo nula a ação de execução deflagrada em momento anterior, nos termos do art. 618, I, do Código de Processo Civil (AI n. 2006.024493-0, de Mafra, rel. Des. Joel Figueira Júnior, j. 20-8-2007).

Os argumentos aqui expostos, por si sós, são suficientes à extinção da execução. Não obstante, ainda há outros que podem ser alinhados para dar suporte à opinião aqui sustentada.

É consabido que os títulos executivos estão sujeitos ao princípio da taxatividade. Assim sendo, somente os documentos apontados pela lei como títulos executivos possuem tal qualidade, não sendo admissível a ampliação do rol taxativo desses. Observando-se a lista constante do art.

475-N do CPC, verifica-se dela não constar a decisão interlocutória que antecipa os efeitos da tutela pretendida, razão pela qual o suposto título que embasa a presente execução a tanto não se presta.

A este entendimento não se pode objetar que o legislador, ao redigir o inciso I do artigo 475-N, disse menos do que almejava, pois que ali também estão incluídos os acórdãos, mesmo que não expressamente referidos pela letra da lei. Embora tal entendimento esteja correto, ele não pode ser elástico a ponto de se considerar que nele estão abrangidas as decisões interlocutórias. A nota marcante do dispositivo é a definitividade da decisão a ser executada, dado o esgotamento da cognição que lhes é subjacente, essência ausente nas decisões interlocutórias. A inclusão de tais pronunciamentos dentre os títulos executivos – e seu conseqüente regramento específico, claramente indispensável – somente é admissível *de lege ferenda*. Até lá, contudo, não se pode considerar o interlocutório como título executivo.

Neste ponto, pois, também há violação ao artigo 580 do CPC, no que tange à indispensabilidade de título executivo para lastrear a execução.

Albergando igual posicionamento, o seguinte precedente desta Corte que, embora firmado anteriormente à entrada em vigor da Lei n. 11.232/2005, continua válido:

1. Em razão do poder coercitivo do Estado, o juiz está autorizado a cominar sanção a fim de compelir o devedor a satisfazer a sua obrigação.
2. A exigibilidade da multa anteriormente fixada somente é passível após o trânsito em julgado da decisão que confirmou a fixação da astreinte. Ou seja, a execução somente poderá estar fundada em título executivo judicial ou extrajudicial (CPC, art. 583). A decisão interlocutória, mesmo aquela que fixa a astreinte, não configura título judicial (CPC, art. 584) (AI n. 2005.002237-9, de São José, rel. Des. Luiz César Medeiros, j. 26-4-2004).

É preciso ressaltar, ainda, a existência de outro fator a impossibilitar o andamento do feito executivo: a falta de prestação de caução. A se admitir a possibilidade de execução dos valores decorrentes de inobservância de antecipação dos efeitos da tutela resguardada por multa cominatória, o procedimento a ser adotado é o da execução provisória, pois a decisão que dá suporte ao feito não é definitiva, como já demonstrado.

Esta ressalva, aliás, é apontada expressamente nos julgados desta Corte que entendem viável a execução de *astreintes* antes do trânsito em julgado de decisão que as confirme. Neste sentido, os seguintes precedentes:

Frente a precariedade da natureza da decisão interlocutória que lastra a pretensão expropriatória, a qual dá azo unicamente a uma execução provisória a ser processada nos mesmos autos (art. 273, § 3º do CPC), devem ser tomadas medidas tendentes a acautelar os interesses de ambas as partes, mormente nos casos em que o credor pretender o levantamento dos valores depositados pelo devedor, dada a possibilidade de irreversibilidade do aludido provimento (AI n. 2006.021259-3, de Itajaí, rel. Des. Salete Silva Sommariva, j. 17-8-2006) (grifo nosso).

Mais:

Mostra-se viável a execução provisória da multa (astreinte) cominada em antecipação de tutela, desde que observados os pressupostos necessários para o manejo da aludida via expropriatória (art. 588 do CPC) (AC n. 2005.011806-5, de Trombudo Central, rel. Des. Salete Silva Sommariva, j. 27-7-2006) (grifo nosso).

Ainda:

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 (AI n. 2007.002085-2, da Capital, rel. designada Des. Maria do Rocio Luz Santa Ritta, j. 29-5-2007) (grifo nosso).

Na espécie, em nenhum momento exigiu-se prestação de caução por parte da agravada, a qual também não se prontificou a oferecê-la, até mesmo por entender que execução que move é definitiva. Assim, mesmo que fosse possível superar a falta de título e de exigibilidade do suposto crédito decorrente do alegado descumprimento da tutela antecipatória deferida, não se poderia permitir a continuidade do feito executivo, dada a ausência de garantia.

Como se vê, por qualquer lado que se observe a contenda debatida nos presentes autos, é impossível permitir sua continuidade.

No que tange aos honorários advocatícios, deve-se assinalar que a jurisprudência tem albergado o entendimento de que, na fase de cumprimento de sentença, é cabível a fixação de verba honorária, a teor do que dispõe o art. 20, § 4º, do CPC. O fato de constar da letra da lei apenas a menção a "execuções, embargadas ou não", não torna o preceito inaplicável à fase instituída pela Lei 11.232/2005. A indispensabilidade do trabalho do advogado no cumprimento de sentença, seja em defesa do autor, seja em defesa do réu, faz com que lhe seja devida nova remuneração, razão pela qual o preceito acima mencionado é aplicável ao novo procedimento.

Neste sentido, a jurisprudência desta Corte:

DECISÃO INTERLOCUTÓRIA QUE NEGOU A FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – INCONFORMISMO – EXECUÇÃO NÃO EMBARGADA – PROCEDIMENTO SOB A ÉGIDE DA LEI N. 11.232/05 – VERBA DEVIDA – DECISÃO REFORMADA NESTE ASPECTO (AI n. 2007.047718-5, de São Miguel do Oeste, rel. Des. Mazoni Ferreira, j. 12-12-2008).

Mais:

A fixação dos honorários advocatícios no processo de conhecimento não exige a parte de ser, novamente, condenada em honorários, ainda que a execução do julgado dê-se pelo procedimento introduzido pela Lei n. 11.232/05, porquanto referida lei não derogou o art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil, que prevê a fixação por apreciação equitativa do juiz nas execuções embargadas ou não, bem como justa a fixação pelo trabalho desenvolvido durante a nova etapa do procedimento, até porque a resistência criada pelo devedor, diante da ausência de cumprimento voluntário da decisão judicial, apresenta-se como suficiente ao seu cabimento (AI n. 2008.035988-0, de São Carlos, rel. Des. Fernando Carioni, j. 15-10-2008).

O STJ alberga o mesmo entendimento acima exposto:

CUMPRIMENTO DE SENTENÇA - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - CABIMENTO.

- São devidos honorários advocatícios no pedido de cumprimento de sentença. (REsp. n. 987.388/RS, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 24-3-2008).

Neste sentido, também da Corte de Uniformização de Jurisprudência, o precedente no AgRg no Ag n. 1060283/RS, em que foi relator o Min. Massami Uyeda, julgado em 16-12-2008.

Assim, se é possível a fixação de honorários em caso de cumprimento de sentença, com maior razão deverá ser arbitrada verba em favor do causídico do executado, quando esse logra êxito em demonstrar a impossibilidade de continuação do procedimento expropriatório. Ora, se é devida a verba mesmo quando não houver resistência ao cumprimento de sentença – ausência de impugnação –, fica claro que a necessidade de oposição ao procedimento conduz à necessidade de condenação nos ônus sucumbenciais.

Assim, tendo-se em vista os mandamentos dos §§ 3º e 4º do artigo 20 do CPC, condena-se a associação ao pagamento da totalidade das custas processuais e dos honorários advocatícios, estes fixados em R\$ 2.000,00

(dois mil reais), atentando-se para a suspensão da exigibilidade de tais verbas, nos termos do art. 12 da Lei n. 1.060/50, ante a gratuidade deferida à agravada (fl. 81 dos autos da execução de sentença – volume anexo).

Ante o exposto, vota-se no sentido de conhecer do recurso e dar-lhe provimento para julgar extinta a "ação de Execução de Sentença" n. 023.07.004139-6/001 e condenar a agravada ao pagamento da totalidade das custas processuais e dos honorários advocatícios, estes fixados em R\$ 2.000,00 (dois mil reais).

DECISÃO

Nos termos do voto do relator, a Câmara, à unanimidade, conheceu do recurso e deu-lhe provimento para julgar extinta a "ação de Execução de Sentença" n. 023.07.004139-6/001 e condenar a agravada ao pagamento da totalidade das custas processuais e dos honorários advocatícios, estes fixados em R\$ 2.000,00 (dois mil reais).

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Mazoni Ferreira, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Luiz Carlos Freyesleben.

Florianópolis, 26 de março de 2009.

Sérgio Izidoro Heil
RELATOR

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

AGRAVO DE INSTRUMENTO

Agravo de Instrumento n. 2008.025302-1, de Rio do Sul

Relator: Des. Fernando Carioni

AGRAVO DE INSTRUMENTO – PEDIDO DE DECRETAÇÃO DE NULIDADE DE REGISTRO IMOBILIÁRIO – VÍCIO DECORRENTE DA AUSÊNCIA DE ASSINATURA DO TABELIÃO NO TÍTULO CAUSAL – NULIDADE DA ESCRITURA PÚBLICA – VÍCIO INDIRETO DO REGISTRO – INAPLICABILIDADE DO ARTIGO 214 DA LEI DE REGISTROS PÚBLICOS – NECESSIDADE DE PROCESSO CONTENCIOSO – EXEGESE DO ARTIGO 216 DA LEI N. 6.015/73 – DECISÃO IRREPROCHÁVEL – RECURSO DESPROVIDO.

"É inidônea a via administrativa para o cancelamento de registro imobiliário fundado em irregularidade havida em título que lhe deu origem" (STJ, rel. Min. Barros Monteiro).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2008.025302-1, da comarca de Rio do Sul (1ª Vara Cível), em que é agravante Espólio de Emílio Odebrecht e agravada Annelise Eitz Odebrecht:

ACORDAM, em Terceira Câmara de Direito Civil, por votação unânime, desprover o recurso. Custas legais.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto pelo Espólio de Emílio Odebrecht contra a decisão do Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da comarca de Rio do Sul que, nos autos do Pedido Administrativo de Nulidade de Registro Imobiliário n. 054.06.011772-2, facultou ao agravante emendar a inicial, observados os requisitos do artigo 282 do Código de Processo Civil, especialmente o requerimento de citação da donatária e/ou de terceiros registrados presentemente na matrícula do imóvel, além dos demais requisitos pertinentes ao contencioso ordinário, mormente o correspondente ao recolhimento das custas iniciais, com base no valor dado à causa (fl. 111).

Sustenta que o pedido administrativo de nulidade do registro imobiliário n. R-1-35759 está lastrado na existência de defeito formal que compromete a validade do ato registral, uma vez que não há documento hábil à transferência da propriedade do imóvel registrado na Matrícula n. 35.759.

Acrescenta que a escritura pública de doação que originou a transferência de propriedade imóvel não foi assinada pelo tabelião, em flagrante nulidade.

Destaca que à época vigia o artigo 134 do antigo Código Civil, o qual, em seu § 1º, alínea f, estabelecia que a escritura pública lavrada em notas de tabelião, além de outros requisitos, deveria conter a "assinatura das partes e dos demais comparecentes, bem como a do tabelião, encerrando o ato". Igual preceito é repetido pelo artigo 881, XII, do Código de Normas da Corregedoria Geral da Justiça de Santa Catarina.

Salienta que, ao contrário do que foi afirmado pela decisão agravada, a nulidade do registro de doação não decorre de vício intrínseco, mas sim, de vício extrínseco, já que foi preterida formalidade essencial à transfe-

rência da propriedade do imóvel em comento, qual seja, a existência de documento hábil, o que torna nulo o ato registral em si.

Afirma que, considerando tratar-se de nulidade absoluta – pois na formalização do ato registral foram preteridas as formalidades de que trata o artigo 145, IV e V, do Código Civil de 1916 –, a decretação da nulidade do registro deve ser buscada independentemente de ação direta ou processo contencioso, na forma do artigo 214 da Lei de Registros Públicos.

Ressalta que não se trata de alegar a nulidade da escritura de doação que embasou a transferência da propriedade do imóvel, mas, em verdade, de perseguir a nulidade do registro imobiliário de transferência.

Assevera não haver necessidade de ação direta, uma vez que a decretação da nulidade do registro há de ser provocada por meio de simples processo administrativo, cuja inicial não está atrelada aos requisitos do artigo 282 do Código de Processo Civil, razão pela qual se torna desnecessário formular pedido de citação, atribuir valor à causa e proceder ao recolhimento de custas iniciais.

Entende que o procedimento administrativo não viola os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, já que ao interessado é dada a oportunidade de manifestação prévia, nos termos do § 1º do artigo 214 da Lei dos Registros Públicos.

Finalizando, requer a reforma da decisão agravada para que seja desobrigado de proceder à emenda da inicial para adequar o pedido ao procedimento ordinário.

Foi indeferido o pedido de efeito suspensivo (fls. 149-150), bem como o pedido de reconsideração dessa decisão (fls. 164-165).

Em parecer da lavra do Exmo. Sr. Dr. Paulo Roberto de Carvalho Roberge, a douta Procuradoria-Geral de Justiça entendeu que o processamento do feito pode ser realizado pela via escolhida pelo agravante, razão pela qual se posicionou pelo provimento do recurso interposto (fls. 172-174).

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo Espólio de Emílio Odebrecht contra a decisão interlocutória que determinou o processamento do pedido administrativo de nulidade de registro imobiliário pelo rito ordinário, com a emenda da inicial e o recolhimento das custas iniciais.

Retira-se dos autos que o Espólio agravante interpôs requerimento administrativo, endereçado ao Diretor do Foro da comarca de Rio do Sul, objetivando a declaração de nulidade de registro público, o qual teve por base a escritura pública de doação de imóvel que não se abrigou das formalidades legais, pois ausente a assinatura da Oficial Maior do Ofício de Notas no qual foi lavrada a escritura, que no ato substituía o Tabelião.

Após a manifestação da requerida, Annelise Eitz Odebrecht, a qual pugnou o arquivamento definitivo do pedido, bem como do Ministério Público, sobreveio sentença, na qual o Magistrado Diretor do Foro entendeu não ser possível a decretação da nulidade do registro R-1.35759 averbado a margem da Matrícula n. 35759, razão pela qual julgou improcedente o pedido exordial.

Inconformado, o Espólio agravante interpôs apelação cível, e, em julgamento por esta Câmara, foi, de ofício, anulada a sentença e determinada a remessa dos autos a uma das varas cíveis da comarca de origem, ao argumento de que a decisão teria sido proferida por Juiz incompetente.

Remetidos os autos à 1ª Vara Cível da comarca de Rio do Sul, o Magistrado *a quo* entendeu que a nulidade de um registro de doação por vício intrínseco à validade da escritura pública necessita de processo contencioso, especialmente quando se antevê o conflito entre os envolvidos, pelo que facultou ao agravante a emenda da inicial e determinou o cumprimento dos demais requisitos pertinentes ao contencioso ordinário, especialmente o correspondente ao preparo.

Não se conformando, o Espólio de Emílio Odebrecht interpôs o presente recurso, alegando, em apertada síntese, que considerando se tratar de nulidade absoluta – pois na formalização do ato registral foram preteridas as formalidades de que trata o artigo 145, IV e V, do Código Civil de 1916 –, a decretação da nulidade do registro deve ser buscada independentemente de ação direta ou processo contencioso, na forma do artigo 214 da Lei n. 6.015/73.

Determina o artigo 214 da Lei de Registros Públicos que *"as nulidades de pleno direito do registro, uma vez provadas, invalidam-no, independentemente de ação direta"*.

Comentando o dispositivo, Narciso Orlandi Neto declara: *"É preciso distinguir nulidade direta do registro e nulidade do título, com reflexo no registro. O registro não pode ser cancelado por nulidade do título, salvo em processo contencioso de que participe o titular do direito inscrito. Em outras palavras, o art. 214 da Lei n. 6.015/73 é exceção"* (*Retificação do registro de imóveis*. São Paulo: Editora Oliveira Mendes, 1997. p. 183).

Adiante, destaca o doutrinador que se sabe *"se o registro é ou não nulo de pleno direito examinando-o separadamente do título que lhe deu causa, apenas à luz dos princípios que regem o registro, a saber se foram cumpridos os requisitos formais. A indagação da nulidade do registro deve ficar restrita aos 'defeitos formais do assento, ligados à inobservância de formalidades essenciais da inscrição (Código Civil, arts. 130 e 145, III)'"* (CARVALHO, Afrânio de, *Retificação do Registro*, in *RDI 13*, p. 17)" (obra citada, p. 184).

Conforme relatado anteriormente, a alegada nulidade do registro está embasada no fato de que a escritura pública de doação que lhe originou está desprovida da assinatura do tabelião, em clara afronta ao artigo 134, § 1º, letra f, do antigo Código Civil, vigente à época da lavratura do documento, o qual dispõe que *"a escritura pública, lavrada em notas de tabelião, é documento dotado de fé pública, fazendo prova plena, e, além de*

outros requisitos previstos em lei especial deve conter assinatura das partes e dos demais comparecentes, bem como a do tabelião, encerrando o ato".

Forçoso concluir, diante desse contexto, que formalmente o registro é perfeito, somente se verificando a nulidade ao confrontá-lo com a escritura pública que o originou, desprovida de assinatura do tabelião, razão pela qual a nulidade do registro é apenas um reflexo da nulidade do título causal.

Logo, na hipótese em comento é imprescindível o exame da escritura que deu causa ao registro, o que por si só afasta a possibilidade de utilização da via administrativa, na forma preconizada pelo artigo 214 da Lei dos Registros Públicos.

Por oportuno, novamente, faz-se uso das lições de Narciso Orlandi Neto, o qual revela que "*a nulidade que permite o cancelamento do registro por nulidade de pleno direito não deve ter por pressuposto o exame do título instrumental*" (obra citada, p. 188), de modo que "*a nulidade do registro para ser declarada autonomamente, sem processo contencioso, deve ser evidente ao simples exame do registro. Não há outro modo de interpretar-se o requisito da lei, de que a nulidade deve estar provada independentemente de ação direta. Se não há ação, não há processo contencioso, não há fase instrutória, não há ocasião para produzir-se prova diversa dos elementos que compõem o próprio registro. A irregularidade formal que leva a anulação deve, pois, ser vistosa, deve ser percebida visualmente, sem necessidade de exame de outros documentos ou fatos. [...] Por mais que seja evidente a irregularidade do título, a causa de anulabilidade, sempre será necessária a declaração em processo contencioso movido contra aquele a quem o registro aproveita*" (obra citada, p. 196) (grifei).

Corroborando, Marcelo Guimarães Rodrigues acentua:

As nulidades absolutas derivadas do próprio ato do registro são invalidadas administrativamente, independentemente de ação direta (art. 214 da Lei dos Registros Públicos). Tal cancelamento atinge apenas os atos do registro, não toca os atos do direito nele embutido,

ou seja, nenhum nexos possuindo com o título causal. Assim é que afirma o art. 254 da Lei dos Registros Públicos não contaminarem o título tais nulidades.

A lei traçou uma linha divisória entre a nulidade do título e a do registro, sem desvincular o primeiro do segundo. Quando a lei alude à nulidade de pleno direito do registro, visa àquela que se acha imanente neste, à original do registro, e não à derivada do título.

São consideradas nulidades absolutas a incompetência territorial do serviço de registro imobiliário (art. 269); o registro efetuado após a sentença de abertura da falência ou do termo legal (art.215); a falta de prenotação (art. 182); a incompetência funcional do subscritor do assento (art. 210); etc. (*A competência jurisdicional e a função social da vara de registros públicos em face aos serviços notariais e de registros*. Disponível em http://www.serjus.com.br/trabalho_mgr.Html, acesso em 4-2-2009).

Sobre o tema, colhe-se decisão do Superior Tribunal de Justiça:

É inidônea a via administrativa para o cancelamento de registro imobiliário fundado em irregularidade havida em título que lhe deu origem (REsp. n. 23754/SP, rel. Min. Barros Monteiro, j. em 8-3-1993).

Na mesma direção é o parecer exarado pela Corregedoria-Geral da Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado:

REGISTRO DE IMÓVEIS – [...] – Vício intrínseco do título – Sem vício extrínseco, direto e exclusivo do registro, que apenas por reflexo (indiretamente) pode ser atingido em decorrência de eventual vício de seu título causal, inadmissível cancelamento na esfera administrativa (art. 214 da LRP), pois necessária ação judicial (art. 216 da LRP) – Recurso provido (Parecer n. 431/2006-E, Processo CG 689/2006, rel. Juiz Vicente de Abreu Amadei, data da inclusão 22-2-2008, disponível em <https://www.Extrajudicial.tj.sp.gov.br/pexPtl/visualizarDetalhesPublicacao.do?cdTipopublicacao=5&nuSeqpublicacao=180>, acesso em 4-2-2008).

Extrai-se do corpo do parecer:

A nulidade de pleno direito de que cuida o artigo 214 da Lei n. 6.015/73 é a do próprio registro (não a de seu ato causal), ou seja,

de ordem formal, extrínseca, e, por isso, suscetível de ser declarada diretamente em processo administrativo, independentemente de ação judicial.

Logo, pressupõe vício evidente ao simples exame da face das tábuas registrárias, sem necessidade de verificações outras concernentes ao título, que, se necessárias, afastam o exame na esfera administrativa, tornando indispensável a via jurisdicional para soldar os elementos intrínsecos

[...]

Logo, sem vício direto e exclusivo do registro, que apenas por reflexo (indiretamente) pode ser atingido, por eventual vício de seu título causal, impõe-se reconhecer a necessidade de ação judicial e, daí, a improcedência do recurso.

Diante desse contexto, forçoso concluir que o pedido de decretação de nulidade de registro imobiliário aforado pelo Espólio agravante merece ser processado pela via contenciosa, na forma descrita pelo artigo 216 da Lei de Registros Públicos.

Com efeito, vale ainda destacar que *"cancelar o registro, diretamente, sem ataque ao título, quando é deste a nulidade, por mais evidente que a seja, por mais que independa de prova, é dar ao art. 214 alcance que ele não tem"* (ORLANDI NETO, Narciso. Obra citada, p. 192).

Por fim, saliento que a presente decisão em nada afronta aquela proferida por ocasião da apreciação da Apelação Cível n. 2007.015608-5, de minha relatoria, pois naquele julgado apenas se reconheceu a incompetência do Juiz Diretor do Foro que havia processado e decidido o requerimento de nulidade do registro, anulando-se a decisão e determinando-se a remessa dos autos a uma das varas cíveis da comarca de origem.

Ante o exposto, irreprochável a decisão do Juiz *a quo* que determinou o processamento do feito pela via contenciosa, facultando ao autor a emenda da inicial, bem como determinando o recolhimento das custas iniciais.

DECISÃO

Nos termos do voto do Relator, nega-se provimento ao recurso.

Participaram do julgamento, realizado no dia 10 de fevereiro de 2009, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Marcus Tulio Sartorato e Maria do Rocio Luz Santa Ritta. Lavrou parecer, pela douda Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Paulo Roberto de Carvalho Roberge.

Florianópolis, 2 de março de 2009.

Fernando Carioni
PRESIDENTE E RELATOR

APELAÇÕES CÍVEIS

Apelação Cível n. 2008.078540-1, de Lages

Relator: Des. Fernando Carioni

APELAÇÃO CÍVEL – RETIFICAÇÃO GRÁFICA DE REGISTRO CIVIL – OBTENÇÃO DE DUPLA CIDADANIA – PRETENSÃO EMBASADA EM FOTOCÓPIA DE CERTIDÃO DE NASCIMENTO REDIGIDA EM LÍNGUA ESTRANGEIRA – AUSÊNCIA DE TRADUÇÃO E REGISTRO NO OFÍCIO DE TÍTULOS E DOCUMENTOS – AFRONTA AO ART. 157 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E ART. 129, 6º, DA LEI DE REGISTROS PÚBLICOS – FALTA DE DOCUMENTOS ESSENCIAIS – INDEFERIMENTO DA INICIAL – EXTINÇÃO PROCESSUAL – PROCEDIMENTO *EX OFFICIO* – RECURSO PREJUDICADO.

O documento redigido em língua estrangeira somente poderá ser anexado ao processo quando acompanhado da tradução feita por tradutor juramentado.

"Para fazerem prova no Brasil, os documentos oficiais, passados por agentes públicos de países estrangeiros, dependem de tradução, autenticação consular brasileira e registro no ofício de títulos e documentos (L. 6015/73, Art. 129, 6º)" (STJ, REsp. n. 606393/RJ, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. em 19-5-2005).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2008.078540-1, da comarca de Lages (Vara da Fazenda, Ac. Trabalho e Reg. Públicos), em que é apelante Representante do Ministério Público, e apeladas Terezinha Borguezan Pickler, Eliza Pickler e Silvana Beckhauser:

ACORDAM, em Terceira Câmara de Direito Civil, por votação unânime, de ofício, extinguir o processo sem resolução do mérito, prejudicado o recurso. Custas legais.

RELATÓRIO

Terezinha Borguezan Pickler, Eliza Pickler e Silvana Beckhauser interpuseram pedido de retificação gráfica de registro civil, no qual relataram que são descendentes em linha reta de Virginio Borghesan, de nacionalidade italiana, que imigrou para o Brasil com três anos de idade, no dia 19-2-1887.

Aduziram que ao chegar ao Brasil seu ascendente teve o nome adaptado ao português, e que ao contrair matrimônio constou em seu registro o nome Borguesan.

Sustentaram que a terceira requerente busca o reconhecimento de sua cidadania italiana. No entanto, para tal intento, necessita que os registros que comprovam sua ascendência estejam redigidos de forma correta e uniforme.

Postularam a retificação dos registros de Virginio Borghesan, bem como de todos seus descendentes, quais sejam, Augusto Virgínio Borghesan, Terezinha Borghesan Pickler, Eliza Pickler e Silvana Beckhauser.

Instado a se manifestar, o representante do Ministério Público opinou pela extinção do feito sem julgamento do mérito quanto à alteração de registro de Virginio Borghesan (certidão de casamento), Augusto Virgínio Borguesan (certidões de nascimento, casamento e óbito) e Terezinha Borguesan Pickler (dados dos antepassados) e pela procedência do pedido com relação à alteração dos registros de nascimento de Terezinha Borguesan Pickler (nome), Elisa Pickler (nome de sua mãe) e Silvana Beckhauser (nome de sua avó paterna) e certidão de casamento de Eliza Pickler (nome de sua mãe).

Apreciando o feito, o Magistrado *a quo* proferiu a seguinte decisão:

DEFIRO o pedido de RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL, com fulcro no artigo 109 e parágrafos da Lei n. 6.015/73, a fim de determinar:

a) na certidão de casamento de Virgino Borghesan, sob o n 78, fl. 052v., do livro B-002, do Cartório de Registro Civil, Títulos, Documentos e Pessoa Jurídica da Comarca de Braço do Norte, SC, procedam-se as seguintes alterações:

— o nome do nubente de "Verginio Borguesan", para Virgínio Borghesan;

— o local de nascimento do nubente, de Itália, para Casale di Scodosia, Província de Padova, Itália [fl. 20];

— o nome da nubente, de Jusepina Beltrame, para Josefina Beltrame;

— o nome da mãe de Josefina Beltrame, constando Vixtoria Clamasca, quando o correto é Victoria Clamasca Beltrame.

b) na certidão de nascimento de Augusto Virgínio Borghesan, sob o n 180, constante à fl. 108, do livro A-1 do Registro Civil de Pessoas Naturais da Comarca de Braço do Norte, Distrito de Grão-Pará:

— o nome de sua avó paterna, constando Augusta Verginio Borghesan, devendo passar a constar Marianna Lorenzetto Borghesan;

— a data de casamento, constando 24-12-1937, devendo passar a constar 22-12-1937;

— o nome de seus avós maternos, constando José Beltrame e Victoria Beltrame, devendo passar a constar João Beltrame e Victoria Clamasca Beltrame.

c) na certidão de casamento de Augusto Virgínio Borghesan e Helena Kestring, sob o n 126, fl. 83, do Livro B-3, do Ofício de Registro Civil de Pessoas Naturais do Distrito de Grão-Pará, comarca de Braço do Norte, SC:

— o nome do nubente de Augusto Borghesan, para Augusto Virgínio Borghesan;

— o nome da genitora de Augusto Virginio Borghesan, consta Joséphina Beltrame, devendo passar a constar Joséfina Beltrame.

d) na certidão de nascimento de Terezinha Borghesan Pickler, sob o n 1629, fl. 42, do Livro A-6, do Ofício de Registro Civil das Pessoas Naturais do Distrito de Grão-Pará, comarca de Braço do Norte/SC:

— o nome de Therezinha Augusto Borghesan, passando a constar Terezinha Augusto Borghesan;

— o nome de seu genitor, constando Augusto Borghesan, passando a constar Augusto Virginio Borghesan;

— o nome de sua avó paterna, constando Joséphina Beltrame, passando a constar Joséfina Beltrame;

— a data relativa ao casamento desta, bem como o número do termo referente aquele assento, constando 9-8-1950, termo 332, passando a constar 3-8-1950, termo 392;

— o nome que passou a adotar em face de seu casamento, o qual consta como Terezinha Borghezam Pickler, passando a constar Terezinha Borghesan Pickler.

e) na certidão de óbito de Augusto Virginio Borghesan, sob o n 580, fl. 26v, do livro 5-C, de Registro de Óbitos, do Ofício de Registro Civil de Pessoas Naturais da comarca de Urubici, SC:

— a descrição de seu nome, constando como Augusto Borguezam, devendo passar a constar Augusto Virginio Borghesan;

— o nome de seu pai, constando Verginio Borguezam, quando o correto é Virginio Borghesan.

f) na certidão de casamento de Terezinha Borghesan Pickler e Joaquim Pickler, sob o n 392, fl. 23v, do livro 4-B, do Ofício de Registro Civil de Pessoas Naturais da do Distrito de Águas Brancas, município de Urubici/SC:

— o nome da nubente, constando Terezinha Borghezam, passando a constar Terezinha Augusto Borghesan;

— o nome do pai da nubente, constando Augusto Borguezam, passando a constar Augusto Virginio Borghesan;

— o nome de casada da nubente, constando Terezinha Borguezam Pickler, passando a constar Terezinha Borghesan Pickler;

g) na certidão de nascimento de Eliza Pickler, sob o n 3859, fl. 194-v, do livro n 9-A, do Ofício de Registro Civil das Pessoas Naturais do Distrito de Águas Brancas, do município de Urubici/SC:

— o nome de Elisa Pickler, passando a constar Eliza Pickler;

— o nome de sua genitora, constando Terezinha Borghezam Pickler, passando a constar Terezinha Borghesan Pickler;

— o nome de seus avós paternos, constando como Augusto Borguezam e Helina Borghezam, passando a constar Augusto Virginio Borghesan e Helena Borghesan;

h) na certidão de casamento de Eliza Picker e Belarmino Beckhauser, sob o n 126, fl. 63-v, do livro n 1-B-aux, do ofício de Registro Civil das Pessoas Naturais da comarca de Urubici/SC:

— o nome da mãe da nubente, constando como Terezinha Borguezam Pickler, passando a constar Terezinha Borghesan Pickler;

I) na certidão de nascimento de Silvana Beckhauser, sob o n 2607, fl. 258, do livro n 4-A, do Registro Civil das Pessoas Naturais da comarca de Urubici/SC:

— o nome de sua avó materna, Terezinha Borghezam Pickler, passando a constar Terezinha Borghesan Pickler.

Defiro o benefício da Justiça Gratuita, consoante dispõe o inc. LXXIV, do art. 5 da CF.

Expeça-se, independente do trânsito em julgado, mandado de averbação, encaminhando-o por ofício, nos termos do 5. do art. 109 da Lei retro referendada para os Cartórios constantes fora desta Comarca, e por mandado os pertencentes a esta jurisdição (fls. 53-57).

O representante do Ministério Público interpôs recurso de apelação, no qual sustenta que somente os titulares é que poderiam requerer a retificação de seus registros, razão pela qual é inviável a retificação dos registros civis dos ascendentes já falecidos.

Alega que as apeladas não juntaram documentação com elementos capazes de comprovar suas alegações, uma vez que anexaram apenas os documentos que afirmam estar registrados erroneamente.

Acrescenta, por fim, que as recorridas não apresentaram provas de confronto.

Apresentadas contrarrazões, ascenderam os autos a este Tribunal.

Em parecer, a douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo conhecimento e provimento parcial do recurso para tão-somente manter a grafia dos nomes da avó e bisavó paternas da primeira apelada, constantes dos registros civis pertinentes, mantendo-se incólume, no mais, a sentença censurada (fls. 92-97).

VOTO

Trata-se de apelação cível interposta pelo representante do Ministério Público com o desiderato de ver reformada a sentença que deferiu o pedido de retificação de registro civil.

Retira-se dos autos que Terezinha Borguezan Pickler, Eliza Pickler e Silvana Beckhauser ajuizaram pedido de retificação gráfica de registro civil ao fundamento de que são descendentes em linha reta de Virginio Borghesan, de nacionalidade italiana, que ao imigrar para o Brasil em 1887 teve seu nome adaptado para o português, constando em sua certidão de casamento o nome Borguesan, quando a grafia correta seria Borghesan.

Alegam que a terceira requerente busca o reconhecimento de sua cidadania italiana; no entanto, para tal intento, necessita que os registros que comprovam sua ascendência estejam redigidos de forma correta e uniforme, razão pela qual postularam a retificação dos registros de Virginio Borghesan, bem como de todos seus descendentes, quais sejam, Augusto

Vigínio Borghesan, Terezinha Borghesan Pickler, Eliza Pickler e Silvana Beckhauser.

Em contrapartida, entende o representante do Ministério Público que as requerentes não podem pleitear a retificação dos registros dos ascendentes já falecidos – Virginio e Augusto Virginio Borghesan, bem como que não há documentação nos autos capazes de comprovar as alegações de irregularidade nos registros civis.

Pois bem, compulsando os autos, verifica-se que o documento que embasa a pretensão das requerentes, no qual constaria a grafia correta do nome de Virginio Broghesan, é a fotocópia, sem autenticação, de uma certidão de nascimento proveniente da Itália, redigida em italiano (fl. 20).

Determina o artigo 157 do Código de Processo Civil que *"só poderá ser junto aos autos documento redigido em língua estrangeira, quando acompanhado de versão em vernáculo, firmada por tradutor juramentado"*.

A respeito, Humberto Theodoro Júnior acentua: *"para todo e qualquer ato do processo, há uma língua oficial e obrigatória, que é o português, nosso vernáculo (art. 159). Por isso, se se pretende juntar aos autos documento redigido em língua estrangeira, deverá a parte providenciar para que sua apresentação em juízo se faça acompanhada de versão em vernáculo, firmada por tradutor juramentado (art. 157)"* (*Curso de direito processual civil: Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. 46. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 251).

É da jurisprudência:

Consoante os termos do art. 157 do Código de Processo Civil, "só poderá ser junto aos autos documento redigido em língua estrangeira, quando acompanhado de versão em vernáculo, firmada por tradutor juramentado". Desse modo, ainda que se tratasse de documento redigido em língua espanhola, aparentemente semelhante ao português, para garantir paridade no tratamento entre as partes e evitar equívocos de uma tradução informal, torna-se

imperiosa a transposição para a língua nacional através de tradutor juramentado, pois "embora seja, depois do galego, a língua mais próxima do português, o idioma castelhano tem idiossincrasias que a fazem traiçoeira para o leigo, falante de portunhol. Bem por isso, só é permitido o ingresso de documento escrito em espanhol, quando 'acompanhado de versão em vernáculo, firmada por tradutor juramentado' (CPC, Art. 157)". (STJ, REsp. n. 606.393, j. em 19-5-2005) (TJSC, Ap. Cív. n. 2006.013499-0, de Araranguá, rela. Des. Salete Silva Sommariva, j. em 13-2-2007).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO MONOCRÁTICA. PROCURAÇÃO EM LÍNGUA ESTRANGEIRA: ESPANHOLA. TRADUÇÃO. INDISPENSABILIDADE.

Só poderá ser junto aos autos documento redigido em língua estrangeira, quando acompanhado de versão em vernáculo, firmada por tradutor juramentado, conforme preceitua o art. 157 do Código de Processo Civil. Precedentes do STJ (TJRS, AI n. 70022618318, de Santa Cruz do Sul, rel. Des. Cláudio Augusto Rosa Lopes Nunes, j. em 18-12-2007).

Cabe frisar, ainda, que a Lei de Registro Públicos, em seu artigo 129, 6º, exige, como condição para que documentos de procedência estrangeira produzam efeitos em qualquer instância, juízo ou tribunal, que estejam acompanhados da respectiva tradução e registrados no Registro de Títulos e Documentos ou autenticados por via consular.

Sobre o tema, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery enfatizam que "*os documentos de procedência estrangeira devem ser registrados no cartório de títulos e documentos, acompanhados das respectivas traduções, para produzirem efeitos em repartições públicas ou em qualquer instância, juízo ou tribunal, ou perante terceiros (LRP 129 6º e 148 caput)*" (Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 423).

Na mesma direção, Theotônio Negrão destaca:

Art. 157: 1. Para produzirem efeito "em qualquer instância, juízo ou Tribunal", estão sujeitos a registro, no registro de títulos e documentos, "todos os documentos de procedência estrangeira, acompanhados das respectivas traduções" (LRP 129-6o, v. tb. LRP 148).

[...]

Art. 157: 2. Súmula 259 do STF (Documentos de procedência estrangeira): "Para produzir efeito em juízo não é necessária a inscrição, no registro público, de documentos de procedência estrangeira, autenticados por via consular".

A Súmula apenas se refere aos documentos autenticados por via consular. Quanto aos demais, só produzem efeito em juízo se, acompanhados das respectivas traduções, tiverem sido registrados no registro de títulos e documentos (LRP 129-6o, cf. tb. LRP 148 "caput") (*Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 243).

O Superior Tribunal de Justiça não destoa:

PROCESSUAL – DOCUMENTO EM LÍNGUA ESPANHOLA – TRADUÇÃO – INDISPENSABILIDADE (CPC ART. 157) – AUTENTICAÇÃO CONSULAR.

Embora seja, depois do galego, a língua mais próxima do português, o idioma castelhano tem idiosincrasias que a fazem traiçoeira para o leigo, falante de portunhol. Bem por isso, só é permitido o ingresso de documento escrito em espanhol, quando "acompanhado de versão em vernáculo, firmada por tradutor juramentado" (CPC, Art. 157).

Para fazerem prova no Brasil, os documentos oficiais, passados por agentes públicos de países estrangeiros, dependem de tradução, autenticação consular brasileira e registro no ofício de títulos e documentos (L. 6015/73, Art. 129, 6º) (REsp. n. 606393/RJ, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. em 19-5-2005).

A par disso, conclui-se que o documento que seria essencial à solução da demanda, na medida em que somente pela certidão de nascimento do ascendente italiano das requerentes é que se poderia verificar a correta grafia do sobrenome familiar, trata-se de mera fotocópia sem autenticação,

redigido em língua estrangeira, desacompanhado da versão em português e não registrado no Registro de Títulos e Documentos, em total afronta ao preceituado pelo Código de Processo Civil e pela Lei de Registros Públicos.

Além disso, verifica-se que os demais documentos colacionados aos autos, cuja retificação pretendem as requerentes, são fotocópias não autenticadas.

Assim, ausente a versão em vernáculo do documento essencial para o deslinde o feito, merece ser extinto o processo, sem julgamento do mérito, por indeferimento da petição inicial.

Salienta-se que tal solução foi adotada pelo Tribunal Paulista em caso análogo ao presente, citado por Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, vejamos:

Tradução de documento essencial. Ausência. Caso em que a prova do direito e da causa de pedir eram contratos firmados em língua estrangeira, juntados com a inicial. A apelante argumentava com a ausência de prova do fato constitutivo do direito do autor, sem alegar descumprimento do CPC 157. Durante a discussão do julgamento da apelação, no tribunal, foram as opiniões ventiladas ao respeito do tema. Um julgador queria anular todos o processo, em virtude do descumprimento do referido artigo de lei. Outro pretendia julgara ação improcedente, por ausência de prova do fato constitutivo do direito do autor e descumprimento do comando legal do CPC 333 I. Outro entendeu que o correto seria, *ex officio*, indeferir a inicial (CPC 283 e 295), mesmo porque o juiz não tinha dado, na fase própria (CPC 284), para emenda da inicial. Decidiu-se, por unanimidade, afinal, que deveria ser extinto o processo, sem julgamento (resolução) de mérito, por indeferimento da petição inicial (1º TACivSP, Ap. n. 522325, rel. Carlos Luiz Bianco, v.u., j. 4-8-1993) (op. cit., p. 424).

DECISÃO

Nos termos do voto do Relator, *ex officio*, extingue-se o processo, sem resolução de mérito, por indeferimento da petição inicial, e julga-se prejudicado o recurso. Sem fixação dos ônus sucumbenciais por se tratar de jurisdição voluntária em que não se configurou litígio ou lide (interpretação dos arts. 20 e 24 do CPC).

Participaram do julgamento, realizado no dia 10 de março de 2009, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Marcus Tulio Sartorato e Maria do Rocio Luz Santa Ritta. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Francisco José Fabiano.

Florianópolis, 7 de abril de 2009.

Fernando Carioni
PRESIDENTE E RELATOR

Apelação Cível n. 2008.019292-9, de Armazém

Relatora: Desa. Maria do Rocio Luz Santa Ritta

EMBARGOS DE TERCEIRO. MULTIPROPRIEDADE IMOBILIÁRIA (*TIME SHARING*). PENHORA DE ÁREAS COMUNS DE COMPLEXO TURÍSTICO (GARAGENS E QUADRAS ESPORTIVAS) POR DÍVIDA DA EMPRESA INCORPORADORA. CONSTRUIÇÃO INSUBSISTENTE EM FACE DOS CONDÔMINOS. NATUREZA JURÍDICA DO INSTITUTO. CASO PARTICULAR. APELAÇÃO PROVIDA.

1. Penhoradas, em execução proposta em face de construtora/incorporadora por promitente comprador com contrato rescindido, áreas comuns de complexo turístico (vagas de garagem e quadras esportivas) a serem desmembradas do todo, procedem os embargos de terceiro propostos pelos condôminos em defesa da posse e da multipropriedade imobiliária (art. 1.046, *caput*, e §1º, CPC).

2. Conclusão baseada, sobretudo, no caso particular.

3. Recurso provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2008.019292-9, da Comarca de Armazém (Vara Única), em que são apelantes José Euclésio dos Santos e outros, sendo apelados José Siega e outra:

ACORDAM, em Terceira Câmara de Direito Civil, por votação unânime, dar provimento ao recurso. Custas legais.

RELATÓRIO

Na Comarca de Armazém (Vara Única), José Euclésio dos Santos, Deodata Linck dos Santos, Mario Arno Zart, Edith Zart, Tito Rodolfo Schmidt e Silvia Schirmer propuseram embargos de terceiro (art. 1.046, CPC) em face de José Siega e Diva Thereza Bozio Siega, incidentalmente à execução de título judicial (n. 075.95.001316-6/002) movida por esses contra Intergravatal Construção, Incorporação, Comercialização e Administração de Imóveis Ltda., objetivando a liberação do imóvel assim individuado em auto de penhora (fl. 22):

Uma (01) parte ideal de uma área de 31.914,57. A desmembrar: um terreno com a área de 4.725m² (quatro mil, setecentos e vinte e cinco metros quadrados), sito na Rua Antônio Pedro Mendonça, esquina com a Rua n. 02 (atual Hélio Agostinelli), em terras do Gravatal-SC, localizado entre o Condomínio Apart Hotel Termas Intergravatal e de frente para as obras do Termas Park Hotel, com as seguintes extremas e medidas: ao sul, medindo de frente 135,00 metros, com a Rua Antônio Pedro Mendonça; ao norte, medindo de fundos 135,00 metros, com terras do proprietário; ao leste, medindo 35,00 metros, ditos à direita, com terras de Antônio M. Zapelini e Irmãos, e a oeste, medindo 35 metros, ditos à esquerda, com a Rua n. 02. Matriculado sob n. 35.886, no livro n. 2, fl. 120, no Cartório do 2º Ofício de Registro de Imóveis da Cidade e Comarca de Tubarão.

Como causa de pedir a prestação jurisdicional, sustentaram que, por força de contratos de *Incorporação e Construção de Edifício sob Regime de Condomínio por Tempo Compartido c/c Promessa de Compra e Venda de Fração Ideal* (de tal Condomínio), adquiriram a condição de senhores e possuidores de quotas do *Apart-Hotel Termal Intergravatal* (Condomínio Apathi - (matrícula n. 35.886, 2º CRI de Tubarão, originária da fusão das matrículas n. 24.944, 34.661 e 35.618), empreendimento no qual se situa a área penhorada, representada por vagas de garagem e quadras

esportivas. Alegaram que, nessa condição, juntamente com os outros 4.329 condôminos, vêm-se molestados em seus direitos por ato de apreensão judicial (art. 1.046, CPC), postulando tutela de resguardo às prerrogativas possessórias e de propriedade (art. 1.046, §1º, CPC).

Citados, José Siega e Diva Thereza Bozio Siega ofereceram contestação (art. 300, CPC). Argüíram, em resumo, que os contratos firmados pelos embargantes lhes garante, exclusivamente, o direito de uso, no referido condomínio, de uma *unidade habitacional* por exíguo período do ano, não lhes outorgando a posse e o domínio da *área total do imóvel*. Daí exprimiram que é possível a penhora recair sobre área distinta da unidade a ser utilizada, descabendo os embargos. Acenaram, ainda, com a diferença métrica entre a área do terreno *no qual foi edificado o prédio (incorporação)* e a área do *terreno de que foi construída parte ideal*, falta de correlação a induzir a existência de prédios distintos e a inviabilizar a pretensão. Finalizaram alegando que, se há no empreendimento 4.329 condôminos e 9.792 frações ideais, *restariam de propriedade do executado 5.463 quotas/frações condominiais*, permitindo a constrição de áreas do complexo, por deter a executada participação majoritária.

A resistência vem sintetizada no seguinte trecho da defesa:

Concluindo, observa-se que o condomínio foi formado apenas assegurando direito de uso relativo à ocupação de apartamentos. Portanto qualquer um dos condôminos pode ter assegurada apenas a utilização que está prevista no contrato entabulado com a incorporadora.

O condomínio não é proprietário da área, tampouco de suas edificações e acrescidas (vide contrato de fl. 19, que refere-se a existência de área apenas correspondente a 13.360,990006 m²).

Vislumbra-se cristalinamente que o condomínio formado tem direito é a fração de uso, ou seja, usufruir do imóvel conforme disposto no contrato de cada condômino. E isto, independentemente da área penhorada, continuará assegurado, pois nenhum prejuízo terá em relação ao direito previsto no contrato (uso dos apartamentos).

Em réplica (art. 326, CPC), os autores exploraram a natureza jurídica da multipropriedade imobiliária (*time sharing*), como instituto que concebe uma pluralidade de direitos individuais sobre um mesmo objeto, exercidos em espaços temporais alternados. Sustentaram que tal figura outorga aos condôminos verdadeiro direito real (*ius in re*) sobre o complexo como um todo (art. 524, CC/16), transferindo-lhes a propriedade de frações globais do empreendimento e não apenas um direito pessoal sobre os apartamentos em si considerados. Observaram que tal conclusão se fortifica porque, no caso, não é a construtora que gerencia o condomínio, mas os próprios comproprietários cotistas, reforçando o caráter de uso, gozo e fruição direta do bem, seja pelas benesses da infraestrutura, seja pela administração, e demonstrando a total desvinculação da empresa ao empreendimento entregue. Esclareceram que, ao revés do alegado em contestação, a existência de 9.792 frações ideais não significa a presença de igual número de condôminos ou unidades habitacionais, expondo matemática que leva à inexistência de frações em poder da executada e conduz à conclusão de que o direito abrange as vagas de garagem gravadas.

Explicitaram, em tal quadro, que:

- (a) Para cada apartamento vende-se 17 cotas, porque cada cota tem direito a 21 dias de uso ($21 \times 17 = 357 = 1$ ano).
- (b) 288 apartamentos $\times 17 = 4.896$ cotas alienáveis, e, não, 9.792 , como esdruxulamente interpretam os embargados;
- (c) 4.896×2 (apartamentos e garagens) = 9.792 frações.
- (d) Portanto, quem usa apartamento também usa uma garagem.
- (e) Na prática, foram alienadas 4.329 cotas, das 4.896 previstas inicialmente. Incabível a venda de mais, porquanto o empreendimento não foi totalmente edificado.
- (f) Inexistem, por conseguinte, 5.463 cotas/frações pertencentes à Intergravatal, como simploriamente calculam os embargados...

Prosseguiram enfatizando que o terreno penhorado (4.725m²) se situa dentro de área maior (13.360,9900006 m²) matriculada no CRI de Tubarão sob o n. 35.886, matrícula essa na qual estão averbados os contratos que reconhecem aos embargantes direitos sobre frações ideais do imóvel, sendo manifesta a correlação. Daí concluíram pela impossibilidade de constrição de tal área (garagens e quadra de tênis), sob pena de quebra à *indivisibilidade* característica do regime condominial (art.623, I, e art.628, CC/16).

Na fase instrutória, foi produzida ampla prova pericial (fls. 327/489), sobre a qual se manifestaram, subseqüentemente, os embargantes (fls. 500/507), o assistente técnico (fls. 508/514) e os embargados (fls. 520/527).

Sobreveio sentença de *improcedência* (art. 269, I, CPC), condenando os embargantes ao pagamento de custas processuais e estipêndio advocatício fixado em R\$ 2.000,00, nos termos da fundamentação a seguir transcrita:

(...) Inicialmente, é de suma importância desvendar a natureza jurídica dos contratos entabulados pelos embargantes. Ou seja: se a aquisição dos condôminos limitou-se ao direito de uso do imóvel por tempo compartilhado; ou se os condôminos também foram contemplados com uma fração ideal da propriedade em si, revestindo-se das prerrogativas de senhores e possuidores do bem como um todo, de forma indivisa.

Sobre o assunto, Maria Helena Diniz nos ensina:

O sistema time sharing ou multipropriedade imobiliária é uma espécie condominial relativa aos locais de prazer, pela qual há um aproveitamento econômico de bem imóvel (casa, chalé, apartamento), repartido, como ensina Gustavo Tepedino, em unidades fixas de tempo, assegurando a cada co-titular o seu uso exclusivo e perpétuo durante certo período anual (Curso de Direito Civil Brasileiro, 4º volume, Editora Saraiva, São Paulo:2002, p. 212).

A grande dúvida, no entanto, é saber se essa espécie de negócio outorga direito pessoal ou real ao condômino adquirente.

Nesse diapasão, após muitas pesquisas, encontrei os seguintes precedentes oriundos dos Tribunais Pátrios que, a meu sentir, se enquadram na modalidade negocial firmada pelos embargantes.

Vejamos:

*Time sharing. Sistema de multipropriedade imobiliária. Direito Real de Habitação Periódica que garante ao proprietário e consumidor espaço temporal de uso de cada multipropriedade. **Contrato que não garante direito real, mas sim mero direito obrigacional ou pessoal de multipropriedade*** (Rio de Janeiro, Tribunal de Justiça. Recurso n. 2002.700.023695-8, 11/03/2003) Grifei.

E mais:

Multipropriedade. Natureza jurídica de arrendamento (São Paulo, Tribunal de Justiça. Apelação Cível n.149.666.4/0-00, 04/05/2004). Grifei.

Assim, analisando os contratos juntados aos autos, firmados pelos embargantes com a empresa Intergravatal, é possível perceber uma forte inclinação ao direito real. No entanto, as características são, sem dúvida, de direito pessoal, notadamente a utilização da propriedade por períodos, havendo milhares de condôminos com direito ao mesmo bem.

Ademais, não existe na legislação brasileira a figura do direito real "para se obter o aproveitamento de imóveis por turnos ou frações de tempo". O rol dos direitos reais é taxativo, constante do artigo 1225 do Código Civil (propriedade, superfície, servidões, usufruto, uso, habitação, direito do promitente comprador do imóvel, penhor, hipoteca e anticrese).

Registre-se que por serem taxativos, os direitos reais não podem ser criados por convenção privada, sendo nula, então, qualquer disposição real conferida aos condôminos/embargantes quando da aquisição das cotas para utilização compartilhada do empreendimento.

O Ministério do Turismo do Brasil, por sua vez, através da Deliberação Normativa n. 378, de 12 de setembro de 1997, tentou disciplinar no país o sistema de tempo compartilhado.

O artigo primeiro dessa deliberação dispõe: *é reconhecido, para todos os efeitos, o interesse turístico do Sistema de Tempo Compartilhado em Meios de Hospedagem de Turismo, pela cessão pelo prazo mínimo de 05 (cinco) anos e a qualquer título, do direito de ocupação de suas unidades habitacionais, por períodos determinados do ano*". Grifei.

Conclui-se, então, que os adquirentes das cotas condominiais possuem apenas direito de ocupação das unidades do Apart- Hotel Intergravatal, em determinados períodos do ano, ficando claro que esse direito é eminentemente pessoal.

Tanto é verdade, que a análise detida dos contratos permite entender que foram transmitidos aos embargantes apenas *os direitos de uso e/ou usufruto temporários anuais*, lembrando-se, mais uma vez, que essas figuras não existem no rol dos direitos reais, não se confundindo com o "uso" e o "usufruto", elencados no já citado artigo 1225 do Código Civil.

Ainda, compulsando os contratos, os adquirentes/embargantes outorgaram plenos poderes à Integravatal Incorporadora, para representá-los nas assembléias de condomínio, inclusive nas questões financeiras, obrigando até mesmo os seus sucessores.

Isso demonstra, obviamente, que não houve desligamento da Incorporadora sobre o imóvel. Continua ela com poderes de mando sobre o empreendimento.

E, para que não reste qualquer dúvida sobre o caráter pessoal das aquisições das frações pelos embargantes, sem direito de **propriedade sobre o imóvel**, basta uma simples pesquisa na *internet*, onde se verificou que o APART-HOTEL é de propriedade do Grupo Intergravatal, sendo de convir que os embargantes podem usufruir do empreendimento como meros detentores de cotas, em períodos certos e determinados. O imóvel em si é explorado economicamente pela real proprietária, que aufere lucros, ao disponibilizar unidades para turistas não cotistas, mediante o pagamento de diárias.

Vejam, *ipsis literis*, os anúncios veiculados pela *internet*, obtidos a partir de pesquisa no *google*:

Bem-vindo ao Condomínio Apart-Hotel Termal Intergravatal

O Condomínio Apart-Hotel, complexo de saúde e lazer em Termas do Gravatal-SC, foi um investimento a longo prazo que já começa a ter retorno.

Os proprietários de cotas tem assegurado hospedagem durante 21 dias/ano, obedecidas as normas estabelecidas na Convenção do Condomínio, e desfrutam dos serviços de infra estrutura do Apart-Hotel, como piscinas de água mineral, quadras esportivas, serviço de recreacionista e muitos outros.

*A Imobiliária do Vale dispõe de vendas de frações ideais e **aluguel de pacotes semanais no condomínio Intergravatal**, em Termas do Gravatal. Venda e locação de imóveis.* Grifo meu.

Ora, se os embargantes fossem efetivamente proprietários do imóvel, teriam de receber a sua parcela dos lucros do empreendimento, de acordo com a fração de suas aquisições. Contudo, não existe notícia nos autos de que isso ocorra, tampouco previsão contratual.

Veja-se que na própria matrícula 35.886, a Intergravatal continua como proprietária única do imóvel, com área total de 31.914,57 m² (f. 420). Os contratos dos embargantes estão averbados. No entanto, a "fração ideal" não está especificada, não se podendo saber quanto cada adquirente possui da área de 31.914,57m².

Por óbvio, tendo a Incorporadora inovado, dispondo nos contratos sobre direito real inexistente, o Cartório de Registro de Imóveis limitou-se a averbar os pactos às margens da matrícula, cuja finalidade, SMJ, é garantir aos embargantes a utilização das unidades por tempo compartilhado, na forma da convenção do condomínio, independentemente de quem seja o proprietário do imóvel, já que não há qualquer dúvida acerca da boa-fé dos condôminos.

Então, perfeitamente possível a penhora realizada.

E nem se diga que o Apart-Hotel não faz parte da matrícula 35.886. Ora, segundo se infere dos autos, todas as matrículas anteriores, que deram origem ao empreendimento, foram condensadas na de número 35.886. Eventuais discrepâncias mínimas de metragem quando da fusão, não interferem nesse entendimento.

Desse modo, voltando os olhos à perícia, elaborada com esmero pelo *expert* nomeado pelo juízo, é possível concluir que a área penhorada (com 4.725), está inserida no empreendimento Apart-Hotel

Intergravatal, havendo, sobre o terreno, a edificação de parte das garagens e de duas quadras de tênis.

O perito também esclareceu (fl. 340) que não há possibilidade de desmembramento de frações do imóvel, já que toda a infra-estrutura (incluindo, obviamente, as garagens e as quadras esportivas) fazem parte de um todo indivisível e são necessárias para garantir o conforto e o padrão do empreendimento.

Então, como visto, a parte penhorada é indivisível. Isso não impede, entretanto, que haja arrematação dessa fração em hasta pública, após a devida avaliação, estabelecendo-se um condomínio entre o arrematante e a executada Intergravatal, na forma da lei civil.

Colhe-se da Apelação cível n. 29.672, de Mafra:

Indivisibilidade do imóvel que não inviabiliza a penhora, porque eventual arrematação da metade penhorada importa no estabelecimento de condomínio resolúvel conforme os preceitos do Código Civil, sem retalhamento físico do imóvel.

A meu sentir, essa é a solução que mais se coaduna com o caso dos autos. Não há lógica em submeter o imóvel por inteiro para venda em praça (somente em razão de sua indivisibilidade), entregando-se o numerário remanescente à devedora Intergravatal. É muito mais prático e viável estabelecer-se o condomínio entre o arrematante e a executada, consoante legislação civil. E, por ser um empreendimento comercial, possível e realizável é a divisão dos lucros e/ou prejuízos advindos da exploração da propriedade, de acordo com os respectivos percentuais de propriedade.

Em síntese: a constrição permanece hígida, uma vez que os embargantes não possuem direito real sobre o imóvel. São apenas detentores de cotas, que lhes dão direito a usufruir do Apart-Hotel por tempo compartilhado, em determinada época do ano, direito esse averbado na matrícula do imóvel.

A propriedade plena pertence à Incorporadora Intergravatal e, sendo ela devedora, não há razão para anular a penhora, já que eventual arrematante da fração penhorada terá de respeitar as cotas licitamente adquiridas pelos embargantes e o respectivo direito de fruição do empreendimento, por tempo compartilhado, nos termos

do contrato devidamente averbado na matrícula do imóvel, estando patenteadas a sua boa-fé.

Embargos de declaração foram rejeitados (fls. 546/552).

Inconformados, os embargantes interpõem apelação (art. 513, CPC) alegando, preliminarmente, cerceamento de defesa (art. 5º, LV, CF), porque a decisão se centra em prova obtida na *internet* sem viabilizar às partes o prévio exercício do contraditório. No mérito, discorrem sobre os institutos da *propriedade horizontal*, *incorporação* e *multipropriedade imobiliária (time sharing)*, afirmando que a combinação de características faz surgir um condomínio *indivisível* sobre o terreno e as coisas comuns, ainda que representado por frações ideais. Alegam que a *indivisão* obsta o parcelamento do solo em qualquer modalidade (desdobro, remembramento, remanejamento de área, desmembramento, loteamento e reloteamento), principalmente sem a anuência da unanimidade dos condôminos. Realçam o caráter real (*ius in re*) do direito conferido aos condôminos, tonificado, na hipótese concreta, pela atual desvinculação da empresa construtora e incorporadora em relação ao complexo, transferido à administração da Associação (dos Proprietários do Apart-Hotel Termal Intergravatal) em Assembléia datada de 17.11.1992. Atacam as conclusões da sentença em sentido contrário. Explicam que essa desvinculação significa que as *frações remanescentes (diferença das frações criadas menos as alienadas) foram entregues ao Condomínio e desativadas, pois tendo a incorporadora alienado mais frações do que unidades construídas, em prejuízo dos adquirentes e comprometendo o sucesso do próprio empreendimento, esta era a solução*. Anotam que a Deliberação Normativa n. 378 do Ministério de Turismo do Brasil não se aplica ao caso, pois regula os contratos de *cessão de direito de ocupação* e não de *promessa de compra e venda de fração ideal*. Por fim, expõem que a sentença, equivocadamente, admitiu que *um terceiro possa ser proprietário de uma fração de solo sem ser o proprietário de uma fração ideal de unidade privativa*, em afronta à lógica jurídica (art. 1º, §2º, Lei n. 4.591/64 e art. 1.331, §3º, CC/02), e, além

disso, partiu da falsa premissa de que o condomínio é explorado economicamente e gera lucros, quando o complexo, na verdade, é destinado ao uso privativo dos condôminos. Assim pedem provimento.

Em contra-razões, os embargados reiteram a argumentação relativa à (a) existência, em favor dos recorrentes, de mero direito pessoal de uso das unidades habitacionais, inextensível à área comum do empreendimento, e referente à (b) falta de correlação entre as áreas de terras, (c) acrescentando, ainda, subsídios tidos como complementares resumidos na seguinte passagem:

(...) O direito de uso e fruição originário também foi consensualmente alterado, com a redução de área construída e exclusão de cotas, modificando todo o empreendimento, o que permitiria a alteração de desmembramento da área penhorada.

Todavia, os apelantes desafiando a sentença aduzem ser os únicos proprietários atuais do empreendimento tendo criado a associação que está a gerir o mesmo.

Segundo o documento de fls. 71/72, a incorporadora lhes teria cedido todas as suas cotas e direitos (não se podendo olvidar aí as quotas devolvidas pelo apelado), afastando-se do empreendimento, sendo que, nesse caso, há que se concluir, perderiam inevitavelmente a condição de terceiros, implicando na extinção dos embargos de qualquer sorte.

Assim, havendo reconhecimento de que a Intergravatal não administra o empreendimento, tampouco detém cotas, tendo sido sucedida pelo condomínio, administrado pela associação dos condôminos, deve ser mantida a penhora da área.

Mesmo que a área penhorada seja considerada integrante da matrícula que originou a incorporação, haveria de se permitir ser individualizada levada à hasta pública, nesse caso, permitindo seu desmembramento, pelas razões já expendidas, a exemplo de tantas outras alterações já realizadas no projeto do empreendimento.

Caso considerada a área penhorada integrante de área indivisa, há de ser mantida a penhora, recaindo nessa hipótese sobre a integrali-

dade da área condominial, autorizando-se que seja a mesma levada integralmente à hasta pública.

Ascenderam, enfim, os autos.

VOTO

1. Considerações iniciais.

Inicialmente, afasto a preliminar de cerceamento de defesa (art. 5º, LV, CF). É que o princípio do contraditório está sendo observado ao longo da relação processual (art. 5º, LIV, CF), constituindo as objeções dos embargantes às informações virtuais levantadas, *ex officio*, pela magistrada (art. 130, CPC), matéria abordada nos embargos de declaração (art. 535, I-II, CPC, fls. 550/552) e que será conhecida no presente recurso (art. 515, §§º, CPC), não se subtraindo dos apelantes a prerrogativa de influenciar no resultado da atividade jurisdicional, nem havendo prejuízo a induzir nulidade (*pas de nullité sans grief*).

Por outro lado, embora de preliminar não se trate, cabe consignar, ainda nessas notas introdutórias, que a interpretação da prova pericial (fls. 332/334), aliada à análise orgânica da controvérsia, não deixa dúvidas de que a área penhorada se situa no condomínio do qual os embargantes são adeptos (Apart-Hotel Termal Intergravatal), abrangendo vagas de garagem e quadras esportivas (matrícula n. 35.886). As disparidades métricas resultantes da fusão de matrículas imobiliárias prévias (n. 24.944, 34.661 e 35.618), conforme apuradas na prova técnica, não chegam a ponto de infirmar essa conclusão, não prosperando as argüições dos embargados no sentido da falta de correlação física entre as áreas gravadas e as terras que os embargantes alegam possuir.

A sentença, aliás, é das mais eloqüentes nesse sentido.

Com tais prévias considerações, adentro no plano de fundo.

2. Mérito propriamente dito.

2.1. Em face do Direito Processual Civil, os embargos de terceiro podem ser conceituados como a ação constitutiva negativa, estruturada em procedimento especial sem a amplitude do procedimento ordinário (art. 274, CPC), destinada a defender sumariamente o possuidor ou senhor de determinado bem jurídico da situação que o põe à mercê de determinação judicial motivada em processo no qual não coadjuva, ou no qual figura a título diverso, agredindo-lhe direitos *possessórios* ou *dominiais* (art. 1.046, §1º, CPC).

Trata-se de ação essencialmente possessória, adstrita, em linha de princípio, à perquirição do *ius possessionis* como causa eficiente da liberação do bem constricto, desnecessárias se revelando, embora sejam admissíveis (cf. Humberto Theodoro Júnior. Curso de Direito Processual Civil. 32ª ed. V. III. Rio de Janeiro: Forense, 2004, pág. 279), quaisquer investigações profundas sobre o *ius possidendi*, o direito de propriedade ou direito real diverso.

Na lição de Hamilton Moraes e Barros:

Tutelam os embargos de terceiro direitos preexistentes à apreensão judicial (...)

A lide, nos embargos de terceiro, é restrita. Versará apenas a inclusão ou exclusão do bem na execução e não os direitos que o terceiro possa ter sobre a coisa.

(...)

Havendo dúvidas, deve o juiz limitar-se ao exame da posse do embargante. É que os embargos de terceiro são um procedimento de rito abreviado e célere (art.1.053), procedimento que não tem as galas e o luxo de garantias do procedimento ordinário, isto é, a possibilidade ampla da parte de argüir, alegar e provar e do juiz em prover. Não conhece limitações a não ser a dos pedidos. Sendo os embargos imprestáveis para as largas discussões sobre o domínio, pode a sentença ficar limitada ao estreito campo possessório. O resto da eventual controvérsia é de ser ferido nas vias ordinárias, de

maiores possibilidades de indagação e de decisão, do mais geral e completo acertamento de relações.

Não se quer nos embargos de terceiro que o autor seja o proprietário do bem. Não se faz essa exigência. Basta que tenha a posse, por direito real ou pessoal (Comentários ao Código de Processo Civil. V. IX. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 370/371).

No caso, assim posta a questão, é evidente que os embargantes, enquanto condôminos, detinham a posse das áreas penhoradas do Apart-Hotel Termal Intergravatal (garagem e quadras de tênis). Posse essa entendida não apenas como contato físico entre sujeito e coisa, mas como verdadeira relação potestativa de injunção socioeconômica (cf. Joel Dias Figueira Júnior. Novo Código Civil Comentado – Ricardo Fiuza – org. 5ª ed. Saraiva, 2006, pág. 977) sobre as dependências do complexo, traduzida, também, em atos concretos de exteriorização (art. 1.196, CC/02) de domínio, como a participação na gestão do empreendimento, a contratação de obras de melhoramento e o pagamento de ônus tributários (art. 333, I, CPC - fls. 615/652).

Esse fundamento, isto é, a só constatação do *esbulho judicial* ao direito possessório dos embargantes já reuniria densidade suficiente, em si considerado, para a reforma da sentença e o levantamento da penhora, sem necessidade de incursão na complexa questão referente à *natureza jurídica* (real ou pessoal) *da multipropriedade imobiliária*, debatida no transcurso da lide.

A matéria, porém, envolta em foros de ineditismo, não deve escapar ao estudo e à cognição judicial, indicado se afigurando enfrentá-la, ainda que nos limites postos pelas peculiaridades da relação travada no caso concreto.

2.2. A chamada *multipropriedade - time sharing* ou condomínio de tempo - se notabiliza por se tratar de instituto que, distanciando-se das noções tradicionais, concebe uma pluralidade de direitos individuais sobre

um mesmo objeto, direitos que se exercem pelos titulares em caráter *exclusivo*, mas em *espaços temporais alternados*. Representa um novo modelo de fruição associado, pela doutrina, à tendência de valorização da função social do domínio imobiliário (art. 5º, XXIII, CF), ampliando seu potencial de uso ao extirpar os períodos de desocupação e ociosidade, facilitando o acesso a tais bens através do compartilhamento dos custos e contribuindo, com isso, para a universalização do alcance de um segundo imóvel (não-residencial), especialmente para fins turísticos e relacionados ao lazer, mas, em menor escala, também empresariais (cf. Ana Vlândia Araújo Lima. A Função Social da Propriedade Compartilhada - in http://www.Estig.Ipbeja.Pt/~ac_direito/artigo_dir_imob.doc. Acesso em 14/10/98).

Sobre o assunto, observa Arthur Rios em ensaio específico:

A multipropriedade chega para acelerar e aumentar esta mesma conquista da função social do imóvel, adicionando-lhe a questão do tempo compartilhado em turnos, satisfazendo e proporcionando um maior número de proprietários do mesmo solo ou imóvel. Isto significa um efeito multiplicador no que concerne ao bem estar social, desenvolvimento, justiça social e valorização do trabalho. Sociabiliza-se, assim, o imóvel, com muitos proprietários utilizando a mesma base material em variados turnos de tempo (*Time Sharing* ou Propriedade Compartilhada. Jurisprudência Brasileira (JB) – Cível e Comércio. V. 183, 1999, p. 25).

Certo é que a *multipropriedade* tem caráter inovador e que suas variações não se apresentam, sempre, da maneira uniforme acima exposta. Há (ao menos em tese) a possibilidade de, em determinadas situações, o instituto apresentar-se com um perfil societário, e em outras ostentar atributos mais similares aos direitos reais, com reflexos na natureza do vínculo (pessoal ou real) mantido com os participantes. No primeiro caso (perfil societário), quem adere a um complexo com tais características o faz na condição de sócio que adquire *ações* que lhe garantem, nos termos do *contrato de constituição*, um direito pessoal (como em locações ou arrendamentos) e cíclico de uso de qualquer dos imóveis existentes, suas unidades

e áreas comuns, possuindo *valores mobiliários* relativos ao empreendimento e suscetíveis de exploração, mas ressentindo-se de qualquer *ligação física*. No segundo caso (caráter real), ao revés, quem adere o faz na condição de adquirente de fração ideal do solo, sob regime condominial, averbando o pacto na matrícula imobiliária e mantendo, portanto, uma *relação direta* com o imóvel, a ser regida pela *convenção de uso*.

Numa hipótese há direito pessoal. Noutra, parece, real.

Frederico Henrique Viegas de Lima bem aborda a questão:

Multipropriedade societária

A sociedade multiproprietária é a modalidade existente em países como a França. A opção francesa advém de imperativo legal, estando, atualmente, prevista na Lei de 6 de janeiro de 1986, relativa aux sociétés d'attribution d'immeuble en jouissance a temps partagé. Nesta, o direito do sócio multiproprietário vem incorporada a uma ação ou título representativo da condição de sócio. Sendo modo coletivo de utilização sucessiva[23]. E, no sentir de CARBONNIER é uma verdadeira co-propriedade por alternância[24].

O direito de usar o bem pode ser um direito real ou um direito pessoal. Para DAGOT e SPITERI é um direito pessoal que diz respeito a um direito real.[25] Existe uma sociedade onde o associado tem o direito de usar o imóvel durante o tempo determinado por esta, a cada ano. Não existe um direito real, mas sim um direito pessoal e mobiliário, concedido em conformidade com o contrato da sociedade. O sócio tem, por isso, o direito de utilização do patrimônio social.[26] Desta forma, não existe transmissão do domínio, pertencendo o imóvel ao patrimônio da sociedade.

A relação entre os sócios e a sociedade é uma relação obrigacional. Por uma parte, o sócio tem que pagar pelo desfrute mediante a sua entrada na sociedade e esta deve deixar que o sócio desfrute, em caráter exclusivo, de determinado imóvel, pelo tempo contratado e de forma cíclica. O sócio celebra um contrato de constituição de uma sociedade, com subscrição ou compra de ações, não comprando determinado imóvel.[27]

Existe um caráter pessoal porque o título ou ação é um bem móvel. Este leva consigo um gozo turnário que em geral é definido mediante deliberação em assembléia da sociedade. Na Itália, a sociedade emite duas espécies de ações. Uma ação ordinária e uma ação preferencial, que dá direito ao gozo do imóvel no tempo.[28] Enquanto que as ações ordinárias são entregues aos sócios multiproprietários de acordo com o valor do seu período de desfrute. Assim, por exemplo, um sócio que tenha o desfrute para a semana de Natal, terá um número maior de ações ordinárias do que um sócio que tenha o desfrute de uma semana no mês de outubro. Esta distinção ocorre porque o sócio da semana de Natal investiu uma quantia superior ao sócio do mês de outubro e, caso se dissolva a sociedade, estas ações serão computadas para dividir o preço alcançado.

O direito atribuído ao multiproprietário é derivado do contrato de constituição da sociedade, que é o gozo de um imóvel de maneira periódica e perpétua. Sendo também alienável e transmissível, entre vivos ou a causa de morte.[29] Dentro deste âmbito, o direito do sócio na utilização do bem é exclusivo. O direito de uso é limitado segundo o estabelecimento no contrato de constituição da sociedade. Devendo o sócio fazer uso do imóvel segundo o seu destino, de maneira normal, e é obrigado a devolvê-lo quando termine seu direito.[30]

Multipropriedade imobiliária

A multipropriedade imobiliária tem como principal característica a existência de um direito real. O adquirente, quando compra determinado imóvel sob esta forma de multipropriedade, adquire um verdadeiro direito real, que pode ser registrado, transferido inter vivos ou mortis causa, hipotecado e passível de que se constitua sobre ele qualquer outro direito real, pleno ou menos pleno. A forma ideal de multipropriedade imobiliária deve conter tudo isto, sendo o direito adquirido um verdadeiro direito real como qualquer outro.

Por esta característica de direito real que deve existir na multipropriedade imobiliária, foram estudadas diversas espécies de direitos reais já existentes e, inclusive, foram propostas novas espécies que melhor possam definir a multipropriedade. Caso concreto é a legislação portuguesa. O chamado direito real de habitação periódica é um direito real novo, enquadrado na categoria de direitos

menos plenos, recaindo somente sobre bens imóveis destinados ao turismo, que assegura ao adquirente a inscrição deste direito no registro imobiliário, tendo também o poder de disposição sobre ele a qualquer momento.[31]

À parte da legislação portuguesa, que constitui um caso praticamente único de disposição legal sobre a multipropriedade imobiliária, várias teorias foram elaboradas para sua aplicação. Existindo, mesmo na doutrina estrangeira, severas divergências sobre uma identificação uniforme sobre esta nova modalidade de propriedade.[32]

Por certo, a quase unanimidade da doutrina admite a multipropriedade sob a forma imobiliária. E, o cerne da controvérsia está na conformação do direito. Para tanto, foram criadas várias teorias de direitos reais. Sendo certo, ainda, que nenhuma delas atende, na integralidade, a categoria de direitos reais. Ora esbarra na divisibilidade condominial, ora nos *numerus clausus* de direitos reais e na sua tipicidade (Multipropriedade Imobiliária e o Registro de Imóveis, artigo virtual disponível em http://geodesia.ufsc.br/wikictm/index.php/Multipropriedade_imobili%C3%A1ria_e_o_registro_de_im%C3%B3veis, em 14/10/2008).

A distinção, penso, é casuística.

2.2.1. No caso específico, os contratos de *Promessa de Compra e Venda de Fração Ideal de Terreno, Incorporação Imobiliária e Construção de Edifício sob Regime de Condomínio por Tempo Compartido* firmados entre a empresa Intergravatal Ltda. e os ora embargantes prescrevem:

Cláusula Quinta – DO REGIME E DA CONVENÇÃO DE CONDOMÍNIO POR TEMPO COMPARTIDO

Tendo em consideração as vantagens do regime internacional e genericamente conhecido como "Time Sharing" = "Tempo Compartido" no que diz respeito à utilização de prédios localizados em centros ou pólos turísticos não para habitação contínua ou permanente e sim para que, **em face a um regime de condomínio total do prédio, cada co-proprietário ou condômino em posse de 1 (uma) ou mais frações ideais da propriedade da área global de um prédio determinado, tenha a possibilidade de, com um investimento mínimo e insignificante contribuição anual personal ao Fundo**

Comum do Condomínio (destinado a cobrir as despesas totais e gerais do Condomínio, incluindo: salários de funcionários e empregados de toda ordem; manutenção do prédio; manutenção, reparação e reposição da totalidade da mobília, equipamento e decoração do mesmo; tanto das áreas, partes e instalações de uso comum ou dependências de serviço quanto das Unidades Habitacionais Privativas, móveis, roupa branca ou de cama, louça, talheres, TV, ar condicionado, etc., etc.; serviços públicos e privados; taxas, impostos e encargos em geral. Seguros de variado tipo; serviço de administração e/ou hotelaria, vigilância, etc., etc.), **ter acesso ao prédio e direito ao Uso, Gozo e/ou Usufruto "Temporários, Limitados e Compartidos" de alojamento turístico ou de férias em uma Unidade Habitacional Privativa do prédio**, seja esta determinada ou não mas de "Tipo" e/ou tamanho ou características acordes e correspondentes com a fração (ões) percentual (ais) possuída (Fração maior = direito de Uso, Gozo e/ou Usufruto sobre Unidade Habitacional Privativa de maior gabarito e/ou tamanho; Fração Menor = Direitos sobre Unid. Hab. Priv. De menor gabarito e/ou tamanho; etc.), durante um número fixo de dias cada ano, em data a eleição dos condôminos a ser fixada em cada ocasião mediante um simples trâmite de "Reserva Prévias" junto à "Administração" designada no prédio.

Sendo que, ainda, o condômino poderá desfrutar de **todos os serviços hoteleiros e turísticos e demais vantagens que irá receber em função direta e proporcional da "Propriedade Compartida e seu Uso, Gozo, e/ou Usufruto Temporários, Limitados e Compartidos"** que, junto a outras pessoas (condôminos), **faz do imóvel; assegurando em forma definitiva e permanente**, para si mesmo e os seus sucessores ou herdeiros o desfrute do investimento realizado sob a forma de Uso, Gozo e/ou Usufruto do alojamento turístico ou de férias no prédio submetido ao regime de Condomínio por Tempo Compartido em forma periódica (várias vezes ao ano), temporária e limitada (durante prazo(s) específico(s) cada vez e com as limitações estatutárias e regulamentares do caso e em vigor), porém reiterada e perpetuamente (todos e cada ano calendário enquanto continuar como possuidor da(s) Fração(ões) ou Quinhão(ões) Condominial(ais) adquirido(s); e constituindo como tal um autêntico e **real investimento que é baseado na propriedade imóvel, embora fracionária, porém certa, de um prédio de alto**

gabarito, com possibilidades reais e certas de tornar-se altamente procurado pelo público em geral, obtendo uma grande valorização no mercado futuro de bens imóveis turísticos.

Parágrafo Primeiro: Assim sendo, a INCORPORADORA – levando em conta as considerações acima mencionadas – decide adotar e declara válida no que diz respeito ao terreno e Edifício acima citados, a "CONVENÇÃO DE CONDOMÍNIO POR TEMPO COMPARTIDO e seus ESTATUTOS E REGULAMENTO INTERNO DE USO, GOZO E/OU USUFRUTO" para todos os efeitos jurídicos, legais e fiscais correspondentes ao Domínio, Posse, Obrigações e Direitos de Uso, Gozo e/ou Usufruto Temporários, Limitados e Compartidos emergentes do presente Regime e sua Convenção de Condomínio, Estatutos e Regulamento Interno, a minuta dos quais fica depositada no correspondente Ofício de Registro de Imóveis e cuja cópia facsimile faz parte integrante do presente instrumento como "ANEXO II".

Cláusula Décima Segunda – DO(s) DIREITO(s) DO(s) ADQUIRENTE(S)

(...)

Parágrafo segundo: Após a conclusão do Edifício, cumpridas pelos adquirentes todas as obrigações e feito o acerto de contas, a INCORPORADORA, mediante termo de entrega e recebimento, procederá à entrega das respectivas frações condominiais para que delas o(s) ADQUIRENTE(S) passe(m) a usar, gozar e/ou usufruir. Mas **a propriedade plena** só se consolidará com o pagamento de todas as prestações do preço, além de eventuais modificações, multas, mora e demais obrigações previstas em lei e neste instrumento, e com outorga de escritura definitiva de venda e compra e quitação do preço da construção (grifei).

Embora a d. sentenciante tenha atribuído à causa solução consensual com a natureza obrigacional-societária, é força convir, na leitura de tais disposições, que a relação jurídica mantida entre os embargantes e o imóvel penhorado (*rectius*: a fração deste) se aproxima de uma ligação real e direta entre os titulares e a coisa, tratando-se de verdadeira *multipropriedade imobiliária*. Note-se que o contrato alude à aquisição, com a translação da

propriedade plena, de frações ideais do complexo, que se estendem à *área global*, nelas se compreendendo as unidades habitacionais e os domínios comuns. De modo que o adquirente reúne poderes sobre o bem *como um todo*, não restrito ao mero uso das unidades, ou à só compra de valores mobiliários. Também nos termos do contrato, o exercício das prerrogativas defluentes dessa aquisição é regulamentado em espécie de convenção de condomínio, e não em contrato de constituição societária ou símile. E por fim, os contratos aquisitivos foram todos averbados à margem da matrícula do imóvel no Álbum Imobiliário, providência igualmente associada ao regime dos direitos reais (art.1.227, CC/02).

Segundo o escólio de Arthur Rios:

A propriedade compartilhada, assim como qualquer propriedade vincula a pessoa diretamente à coisa objeto do direito, que é o bem imóvel. A diferença entre a propriedade comum e a propriedade compartilhada não está no gênero do conceituação (direito de usar, gozar, dispor, buscar e o dever de dar a função social devida à coisa objeto de propriedade) e sim na espécie da definição com o acréscimo do espaço temporal de uso de cada multiproprietário. Na propriedade compartilhada a utilização do bem por cada multiproprietário fica restrita a um período de tempo para cada um dos titulares do direito de compartilhamento. Posiciona-se a multipropriedade ou propriedade compartilhada como qualquer propriedade ou seja a vinculação direta do imóvel à pessoa do sujeito ativo da propriedade, tendo como sujeitos passivos *erga omnes* todas as demais pessoas, que ficam com o dever de respeitar aquela propriedade.

Na multipropriedade existe a divisão temporal com turnos certos para o uso exclusivo e perpétuo de cada compartilhaário, ou titular do direito de propriedade compartilhada. A relação é a mesma da propriedade comum sobre uma base material, podendo-se observar que a diferença é a existência da divisão temporal com turnos certos, para o uso de cada proprietário no sistema de compartilhamento.

Resta para cada um dos compartilhaários uma fração ideal do terreno, que indica propriedade exclusiva e perpétua no percentual do espaço de tempo indicado, e a obrigação de se vincular a uma

convenção multiproprietária ou dos proprietários compartilhados ou o necessário fixar do *modus vivendi et operandi* da multipropriedade. Não é de se falar aqui numa propriedade temporal ou cíclica, porque o multiproprietário existe no tempo de oportunidade de uso ou mesmo fora dele. Proprietário ele é durante todo o tempo, mas possuidor direto ele é temporariamente, ou no espaço de tempo, marcado em sua escritura.

Não deixa de ser proprietário o titular de domínio em compartilhamento quando está impedido de usar a coisa em benefício de terceiro que, naquele espaço de tempo, tem o direito de uso, como nas locações, comodatos ou arrendamentos. Aqui o importante é o sentido jurídico e não o de uma base material para a conceituação do imóvel, é a intenção de usar e como usar dos multiproprietários (a convenção necessária) e a influência do tempo na caracterização do bem jurídico (o denominador obrigatório) (Ob. cit. p. 28/29).

Não se está diante, portanto, de mero direito de uso derivado de relação pessoal, o que leva ao êxito dos embargos, porque o vínculo é real (cf. Gustavo Tepedino. Multipropriedade Imobiliária. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 48) e atribui ao titular o direito de seqüela, autorizando-o a resgatar o bem das mãos de quem quer que seja (cf. Fernando Noronha. Direito das Obrigações. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 288), incluída a apreensão judicial (art.1.049, CPC).

A *multipropriedade imobiliária*, representando uma variação do condomínio tradicional especializada pelos intervalos de fruição, não se enquadra, é certo, em nenhuma das categorias tradicionalmente conhecidas de direito real (art. 1.225, I-X, CC/02), cujo rol, em princípio, é taxativo. Mas nem por isso deixa de merecer trato jurídico similar, condizente com suas características. A mente humana, afinal, é prolífica. Das idéias evolutivas se modifica a realidade social, lançando-se à ciência jurídica o desafio de acompanhar a criatividade da espécie. Fenômeno tudo menos estático, o Direito autoriza, portanto, manobras de flexibilização que permitem se empreste à multipropriedade imobiliária (*time sharing*) disciplinamento jurídico equivalente ao reservado, genericamente, aos direitos reais (Có-

digo Civil) e, especificamente, aos condomínios edilícios sobre uma base imobiliária (art. 6º, Lei n. 4.591/64), respeitadas as regras específicas necessárias à adaptação do trato normativo à natureza do instituto, como o (a) afastamento da prerrogativa, inerente aos condôminos, de livre divisão do condomínio e (b) o direito de preferência assegurado aos condôminos na aquisição tanto por tanto (cf. Frederico Henrique Viegas de Lima, artigo citado). Conclusão, à evidência, não derruída pela Deliberação Normativa n. 378 do Ministério de Turismo do Brasil, que não parece incidir, sem restrições, no caso.

A doutrina de Arthur Rios, ainda uma vez, é pertinente:

Algumas dificuldades têm de ser enfrentadas para se chegar à conceituação da multipropriedade ou propriedade compartilhada e que são: a transitoriedade de toda propriedade em comunhão, a divisibilidade da coisa e o direito de preferência dos co-proprietários, quando da alienação de parte da coisa comum.

A transitoriedade do condomínio imobiliário é de ser, no caso da multipropriedade, obstaculada pela finalidade lógica do instituto, que é a do uso de todos os multiproprietários.

Admitida, no caso e na espécie, a transitoriedade genérica, teremos a destruição do destino da própria base material da estrutura. Seria tanto um contra-senso e agressão à legítima pretensão de uso por todos os contratantes da multipropriedade, quando não há nada que a proíba e ao contrário existe a garantia constitucional de sua existência, via do direito de associar-se e contratar.

A 'divisibilidade', também, não poderá ser admitida, visto que além de se adotar as mesmas razões acima contra a transitoriedade é de se adicionar as do interesse e sociedade social, para que se mantenha o estado de comunhão, com o aumento de empregos, do crescimento econômico e da satisfação dos seus titulares ou contratantes...

O 'direito de preferência' nas alienações, da mesma forma, não é de ser aqui admitido, em nome do critério de exclusividade da multipropriedade, encontrada com o tempo dividido em turnos de satisfação de todos os titulares. Por analogia, é de ser feita a adoção das regras do condomínio especial das Leis n. 4.591, 4.864/65,

onde as unidades individuais são exclusivas de seus proprietários, substituídas, analogicamente, aquelas pela multipropriedade de unidades condominiais, que se dividem por turnos de utilização.

O instituto, por moderno, sofrerá ataques conservadores, mas virará forçado pelo benefício social que produz.

E mais adiante, observa:

O conceito de 'direito de propriedade' continua em evolução diante das constantes alterações sociológicas. Longe está ele de ter uma concepção definida, diante da globalização e das mutações sociais que enfrentamentos.

(...)

A 'transitoriedade' jurídica da propriedade em comunhão, a 'precariedade' legal da indivisão do imóvel e o 'direito de preferência' do condomínio de direito comum caem por terra, diante da propriedade compartilhada ou multipropriedade. A admissão dos mesmos seria a destruição da base material da estrutura do objetivo lícito dos compartilhários, em afronta ao princípio constitucional da liberdade de contratar. (Ob. cit. p. 26/29).

Nesse cenário, tenho que a penhora formalizada, para além de incidir sobre direito real alheio (o que é inviável), exporia a risco potencial o caráter indivisível da multipropriedade. Caráter esse derivado de sua natureza, de sua função sócio-econômica e das finalidades para as quais foi concebida, e que não se relativiza pela existência de eventuais alterações no projeto originário do condomínio, porque incide para tutelá-lo não só como concepção ideológica, mas também como realidade criada dentro do possível e a partir daí preservada.

2.2.2. Partindo - vale repetir - da suposta empresarialidade do condomínio turístico, a sentença se distanciou dessa orientação, entendendo que a propriedade não pertence aos condôminos, mas à construtora-incorporadora, a qual (no bem) explora atividade hoteleira e auferir lucro. E com isso permitiu que fração ideal do condomínio (área comum) seja penhorada e arrematada em hasta pública, revertendo ao arrematante,

de forma proporcional à quota-parte adquirida, a parcela dos dividendos vindos da exploração do local.

A solução, mesmo engenhosa, é insubsistente, com ênfase nas *peculiaridades da lide*. É que nela a executada (incorporadora-construtora), após uma série de eventos que fugiram ao inicialmente planejado, desvinculou-se por completo de atividades relacionadas à gestão e exploração do ponto turístico, transferindo-as à Associação dos Proprietários do Condomínio Edifício Apart-Hotel Termal Intergravatal – APAHTI (fls. 617/619) e abrindo mão de qualquer participação física ou espacial (fls. 71/72 - AC n. 2008.019293-6), daí se exprimindo sua dissociação relativamente ao imóvel e seus frutos materiais e imateriais. Significa, ao que parece, que a devedora não detém mais ligação com a administração do complexo, nem o explora, nem dessa atividade há lucros que lhe pertençam a serem compartilhados com o arrematante da área penhorada. Pelo contrário, a gestão e eventual exploração são tarefas cometidas à Associação dos multiproprietários, que, conforme se denota das prestações de contas (fl. 621, p. ex.), aparenta empregar os valores obtidos na manutenção e melhoramento do imóvel, sem notícias de que existam lucros sendo distribuídos, e que de resto não respondem por obrigações de terceiro, no caso a construtora.

Tal nuance inviabiliza o desfecho dado pela d. sentenciante.

2.2.3. Por fim, após reflexão, não tenho como enérgico o argumento dos embargados no sentido de que, em função do acordo celebrado entre os condôminos e a empresa executada (fls. 71/72 - AC n. 2008.019293-6), aqueles assumiram a *posição desta* no complexo, inclusive seus direitos e *obrigações*, desvestindo-se da *condição de terceiros* e atuando como *sucessores* da construtora/incorporadora, de forma a *responder com o bem por seus débitos*.

Dispõe o instrumento do mencionado acordo:

1. O condomínio concorda com a incorporadora, que propõe a redução da área a ser construída em todo o empreendimento, adaptando o número de apart-hotel ao número de quotas vendidas, que atinge 4.299 (quatro mil, duzentas e noventa e nove) quotas, assim discriminadas: 3.762 (três mil, setecentas e sessenta e duas quotas tipo 'A', 519 (quinhentas e dezenove) quotas tipo 'B' e 18 (dezoito) quotas tipo 'C'.
2. Resta explicitado que, das 7.412 (sete mil, quatrocentas e doze) quotas colocadas à venda, 2.941 (duas mil, novecentos e quarenta e uma) quotas não foram vendidas, 148 (cento e quarenta e oito) quotas foram retomadas por não terem sido liquidadas, e 24 (vinte e quatro) quotas pertencem à empresa do Grupo Gravatal – Gravatal Hotéis de Turismo, restando apenas 4.299 (quatro mil, duzentos e noventa e nove) quotas ativas.
3. As 3.113 (três mil cento e treze) quotas restantes, não vendidas, retomadas ou de propriedade da empresa Gravatal Hotéis de Turismo restam desativadas e entregues ao Condomínio, desobrigando-se a incorporadora do respectivo pagamento da taxa condominial a partir da efetiva entrega.
4. O condomínio, de sua parte, assume o compromisso de não exigir a construção ou complementação de nenhuma outra área, além das correspondentes aos apartamentos mencionados no item 01 (hum) do presente, as relativas às áreas comerciais e condominiais, as quais, quando recebidas totalmente pelo condomínio, importarão na total quitação do compromisso da incorporadora com aquele e seus integrantes.
5. O presente acordo depende de ratificação em assembléia do Condomínio, que se realizará neste mês de julho de 2003.

Por meio do referido acordo, os condôminos se limitam a liberar a construtora/incorporadora de prosseguir em edificações que agregariam valor ao condomínio, concordando com a redução do número de quotas às existentes na ocasião (4.299). Não estão como a assumir, nem são satisfeitos os requisitos legais para tanto (art. 299, CC/02), quaisquer dívidas da empresa, dívidas essas que não lhes foram informadas, ressaíndo do acordo, bem ao contrário, a impressão de que a solução consensual liqui-

daria a situação de todos os envolvidos na aquisição de frações (3.113) do empreendimento (7.412).

Também daí não poder persistir a constrição sobre o imóvel.

3. Considerações finais.

Por imperativo ético, anoto que repulsam ao Poder Judiciário quaisquer manobras no sentido de protrair a satisfação de créditos, e que as recentes alterações legislativas (Lei n. 11.382/06, p. ex.), dentre elas a exigência de colaboração do executado (art. 652, §3º c/c art. 600, IV, CPC), acompanhadas de uma mudança de mentalidade dos operadores do Direito, fortalecem medidas de facilitação à cobrança do crédito, cabendo aos embargados delas socorrer-se.

Inviável, contudo, ainda que sob o influxo da efetividade contraposto ao risco do retardamento na satisfação do direito creditício, é permitir que uma prestação obrigacional (crédito de rescisão contratual) exigível da empresa construtora/incorporadora prevaleça, para fins de penhora e excussão, sobre a posse e o direito real (ou símile) dos condôminos do complexo edificado, conhecido o princípio de que a responsabilidade é pessoal (art. 591, CPC) e de que os terceiros, portanto, são imunes a débitos alheios (art. 1.049, *caput*, CPC).

Nesse sentido, com as adaptações de estilo, há inclusive súmula do Superior Tribunal de Justiça dispondo que *A hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel* (Súmula n. 308, STJ). Súmula essa que, como se vê, resguarda os direitos dos promitentes até mesmo em face do credor hipotecário, titular, portanto, de direito real sobre a coisa. Informado pelo mesmo espírito protetivo relativamente aos adquirentes, tal enunciado incide, com maior razão, perante um direito creditício.

4. Conclusão.

Isso posto, voto pelo provimento do recurso para determinar o levantamento da constrição incidente sobre o bem descrito no auto de penhora (fl. 22), invertendo, em consequência, a distribuição dos ônus da sucumbência.

DECISÃO

À unanimidade, a Câmara dá provimento ao recurso.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Fernando Carioni, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Marcus Tulio Sartorato.

Florianópolis, 16 de dezembro de 2008.

Maria do Rocio Luz Santa Ritta
RELATORA

QUARTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

AGRAVO DE INSTRUMENTO

Agravo de Instrumento n. 2008.044299-6, de Araranguá

Relator: Des. Monteiro Rocha

PROCESSUAL CIVIL – DECISÃO QUE NÃO CONHECEU DE RECURSO DE APELAÇÃO – INCONFORMISMO – APELO REMETIDO VIA SEDEX TEMPESTIVAMENTE – ACOLHIMENTO – AFERIÇÃO PELA DATA E HORÁRIO DA POSTAGEM – RESOLUÇÃO CONJUNTA N. 04/05 – RECURSO TEMPESTIVO – RECURSO PROVIDO.

Nos termos da Resolução n. 04/05-RC celebrada entre este Tribunal de Justiça e a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (EBCT), a tempestividade do recurso é aferida pela data e horário da postagem do recurso.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2008.044299-6, da comarca de Araranguá (1ª Vara Cível), em que é agravante A. B., sendo agravada D. B. S.:

ACORDAM, em Quarta Câmara de Direito Civil, por votação unânime, prover o recurso para reconhecer a tempestividade do apelo interposto pelo agravante e determinar o desarquivamento dos Autos n. 004.06.0037095-5. Custas legais.

RELATÓRIO

A. B. interpôs Agravo de Instrumento contra decisão interlocutória proferida em Ação de Guarda n. 004.06.003709-5, da comarca de Araranguá, ajuizada contra D. B. S., que não conheceu do apelo por si interposto em razão de sua intempestividade e determinou o arquivamento dos autos.

Sustentou que, embora a apelação tenha sido protocolada extemporaneamente em 24/03/08, ele remeteu à Comarca de Araranguá, via SEDEX, recurso de apelação na data de 17/03/08, sendo este recebido no dia seguinte por funcionária do fórum.

Por fim, postulou a concessão de efeito suspensivo ao recurso, bem como o seu provimento, decretando-se a nulidade do processo a partir da decisão de fl. 316.

Às fls. 55-56 foi concedido efeito suspensivo ao recurso.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer lavrado pelo Exmo. Sr. Dr. Antenor Chinato Ribeiro, manifestou-se pelo conhecimento e provimento do agravo.

É o relatório.

VOTO

Conhece-se do recurso, porquanto presentes os pressupostos subjetivos e objetivos de admissibilidade.

Pretende o agravante a reforma de decisão interlocutória proferida em Ação de Guarda n. 004.06.003709-5, da Comarca de Araranguá, que não conheceu do apelo por si interposto em razão de sua intempestividade e determinou o arquivamento dos autos.

O prazo para interposição do apelo, conforme certidão acostada à fl. 36, teve início em 5-3-2008 e término em 19-3-2008.

A apelação somente foi protocolada em 24-3-2008, razão pela qual o douto magistrado reconheceu sua intempestividade.

Contudo, sustenta o agravante que remeteu o apelo via SEDEX ao Fórum de Araranguá em 17-3-08, e que o recurso foi recebido pela funcionária do fórum em 18-3-2008 e, portanto, dentro do prazo para sua interposição, conforme informa extrato de acompanhamento fornecidos pelos correios (fls. 51-52).

A controvérsia cinge-se em saber se a tempestividade do recurso remetido via sedex é aferida pela data do protocolo judicial ou pela data de remessa ou de recebimento da correspondência.

Objetivando resolver com a maior celeridade possível o problema *sub judice*, traz-se à colação o seguinte entendimento deste Tribunal de Justiça:

- "À luz da Resolução Conjunta n. 04/05-RC celebrada entre este egrégio Tribunal de Justiça e a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (EBCT), ficou instituído o Sistema de Protocolo Postal Integral no âmbito do Poder Judiciário do Estado de Santa Catarina, sendo, a partir de então, a aferição da tempestividade analisada desde a data e o horário da postagem, observado a ressalva do *caput* do art. 7º" (TJSC, 3ª Cam. Dir. Civ., Marcus Tulio Sartorato, Emb. Decl. em Emb. de Decl. em Ap. Civ. n. 2007.055791-9/0001.01, de Joinville, j. Em 26-8-2008).

Eis o que dispõem os arts. 6º e 7º, parágrafo único, da Resolução Conjunta n. 04/05:

Art 6º A comprovação do depósito da petição à EBCT será feita por documento próprio expedido pela empresa responsável pelo recebimento das correspondências. Este comprovante servirá para aferição da tempestividade no cumprimento dos atos processuais e deverá ser anexado à primeira lauda da petição e/ou recurso apresentado.

Art 7º [...]

Parágrafo único Para efeito de contagem dos prazos judiciais, deverão ser observados a data e o horário da postagem (grifei).

De acordo com os dispositivos legais supra, é possível inferir que a tempestividade do recurso é aferida pela data e horário da postagem do recurso.

Por conseguinte, o apelo interposto pelo agravante/apelante, remetido via sedex em 17-3-08 (fl. 33), é tempestivo.

Por tais razões, dever ser reformada a decisão interlocutória que determinou o arquivamento dos Autos n. 004.06.0037095-5 ante a intempestividade do apelo interposto pelo agravante.

Ante o exposto, voto pelo provimento do recurso para reconhecer a tempestividade do apelo interposto pelo agravante e determinar o desarquivamento dos Autos n. 004.06.0037095-5.

É o voto.

DECISÃO

Nos termos do voto do relator, esta Quarta Câmara de Direito Civil, à unanimidade de votos, resolve prover o recurso para reconhecer a tempestividade do apelo interposto pelo agravante e determinar o desarquivamento dos Autos n. 004.06.0037095-5.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Eládio Torret Rocha, e dele participaram, com voto, os Exmos. Srs. Des. Victor Ferreira e Ronaldo Moritz Martins da Silva.

Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Antenor Chinato Ribeiro.

Florianópolis, 19 de fevereiro de 2009.

Monteiro Rocha
RELATOR

APELAÇÃO CÍVEL

Apelação Cível n. 2005.022035-3, de Caçador

Relator: Des. Monteiro Rocha

DIREITO DE FAMÍLIA – DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE REGISTRO CIVIL DE NASCIMENTO – AJUIZAMENTO POR AVÓ PATERNA – ILEGITIMIDADE ATIVA *AD CAUSAM* RECONHECIDA POR SENTENÇA – INCONFORMISMO – ERRO E FALSIDADE IDEOLÓGICA DO REGISTRO – CARÊNCIA DE AÇÃO INOCORRENTE – LEGITIMIDADE ATIVA *AD CAUSAM* POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO PRESENTES – SENTENÇA REFORMADA – RECURSO PROVIDO.

Avó paterna tem legitimidade ativa *ad causam* para postular o pedido juridicamente possível de declaração de nulidade de registro civil, sustentado na ocorrência de falsidade ideológica e erro na elaboração do ato registral.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2005.022035-3, da comarca de Caçador (1ª Vara), em que é apelante I. V., sendo apeladas M. E. G. F, por si e representando sua filha M. F. V.:

ACORDAM, em Quarta Câmara de Direito Civil, por votação unânime, prover o recurso para anular a sentença e determinar o prosseguimento do feito, com a produção de provas sobre a socioafetividade e o parentesco biológico entre a criança, o pai registral e a requerente. Custas legais.

RELATÓRIO

Na comarca de Caçador, I. V. ajuizou Ação de Contestação de Paternidade c/c Anulação de Ato Jurídico e Retificação de Assento no Registro Civil, contra M. F. V. e sua mãe M. E. G. F., aduzindo ser mãe de A. A. V., o qual, após breve namoro com a segunda requerida (3 meses), com esta passou a conviver maritalmente a partir de abril de 1995.

Pondera que a primeira requerida, M. F. V., nasceu em 31-7-95, sendo que a segunda requerida enganou o filho da requerente, afirmando ao mesmo que a menor nasceu de forma 'prematura' e que era filha de seu filho A. A. V.

Argumenta que o filho da requerente, pessoa interiorana, ingênua e portadora de doença mental, assumiu a menor, acreditando ser o pai da criança, conforme foi induzido em erro pela segunda requerida.

Passados três meses do nascimento da primeira ré, a segunda ré comunicou ao filho da requerente que pretendia romper o relacionamento e que este deveria deixar seu imóvel, a fim de que mãe e filha lá residissem.

Informa que, após a separação do casal, a segunda requerida contou ao filho da requerente que a menor M. F. V. não era filha dele e que mentiu a respeito da paternidade para não ficar em situação delicada junto a seus familiares.

Sustentando que a saúde mental de seu filho A. A. V. piorou após descobrir que M. F. V. não era sua filha, comunicou que A. A. V. não teve tempo suficiente para ajuizar a competente ação negatória porque faleceu, em virtude de acidente de trânsito (atropelamento), antes disso.

Ponderando que, na condição de herdeira de seu filho A. A. V., tem direito a buscar a declaração de negativa da falsa paternidade, requereu a procedência da ação para declarar-se que A. A. V. Não é pai da primeira requerente e, em consequência, anular-se o assento de nascimento lavrado

sob o n. 24068, inserido à fl. 232, do Livro n. A-22, do Registro Civil das pessoas Naturais, bem como a exclusão dos avós paternos do referido assento de nascimento.

Citadas, as rés ofereceram contestação argüindo, em preliminar, ilegitimidade ativa *ad causam* e impossibilidade jurídica do pedido.

Em prejudicial de mérito, sustenta a decadência do direito pretendido pela parte e, no mérito, afirma que a segunda requerida não confessou a suposta inexistência de paternidade e, além disso, que o pai da primeira requerente, em nenhum momento, buscou tutela jurisdicional para 'investigar' a paternidade.

Impugnou os documentos anexos à exordial e requereu o acolhimento das preliminares suscitadas ou, no mérito, a improcedência da ação.

A contestação foi impugnada pela peça processual de fls. 59-73.

Com vista dos autos, o Ministério Público de primeiro grau opinou pela rejeição das preliminares suscitadas e pelo prosseguimento do feito.

Julgando antecipadamente a lide, o magistrado *a quo* acolheu a preliminar de ilegitimidade ativa *ad causam* e, em conseqüência, julgou extinto o processo por carência de ação (art. 267, VI e § 3º, do CPC).

Inconformada, I. V. Interpôs recurso de apelação, reiterando os termos do processado e requerendo o provimento do apelo para afastar a extinção do feito, determinando-se o retorno dos autos à primeira instância para prosseguimento da ação.

Contra-arrazoado o recurso, os autos foram remetidos à douta Procuradoria-Geral de Justiça que, em parecer lavrado pelo Dr. Jobél Braga de Araújo, opinou pelo improvimento do apelo.

É o relatório.

VOTO

O recurso é tempestivo (fls. 86-87) e veio acompanhado de preparo (fl. 104). Sendo próprio para impugnar sentença e estando subscrito por advogado devidamente habilitado, deve ser conhecido.

A requerente ajuizou ação que denominou de 'contestação de paternidade c/c anulação de ato jurídico e retificação de assento no registro civil' porque possui sérias e fundadas dúvidas a respeito do vínculo biológico existente entre seu filho e a menor requerida.

Tratando sobre o assunto, a jurisprudência pátria fundamenta a tese de que a autora possui legitimidade ativa *ad causam* para atuar no feito:

– "REGISTRO CIVIL. ASSENTO DE NASCIMENTO. ANULAÇÃO, PLEITEADA POR QUEM NELE FIGURA NA QUALIDADE DE AVÓ PATERNO. PAI PRESUMIDO JÁ FALECIDO. LEGITIMIDADE. TEM TAL PESSOA LEGITIMIDADE PARA PROPOR A AÇÃO, NOS CASOS DE SIMULAÇÃO DE PARTO OU DE FALSIDADE IDEOLÓGICA OU INSTRUMENTAL. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO PELO DISSÍDIO MAS IMPROVIDO" (STJ – 3ª Turma, Rel. Min. Nilson Naves, *in* REsp. n. 6.059/SP).

– "Não se cuidando no caso de ação negatória de paternidade e sim de ação declaratória de inexistência de filiação legítima, por comprovada falsidade ideológica, é ela suscetível de ser intentada não só pelo suposto filho, mas também por outros legítimos interessados" (STJ – 3ª Turma, Rel. Min. Waldemar Zveiter, *in* REsp. n. 140.579/AC, j. em 18/08/1998).

Como se vê, a matéria não é novidade na jurisprudência pátria e o Superior Tribunal de Justiça tem admitido o ajuizamento de ação anulatória de registro de nascimento, por qualquer terceiro, desde que interessado, mas mediante temperamento das circunstância de cada caso concreto.

A ponderação exigida pela jurisprudência do STJ diz respeito à possível presença de parentesco socioafetivo envolvendo a autora:

"Os precedentes da Corte mostram que é necessário, em matéria de direito de família, oferecer temperamento para a admissão da legitimidade ativa de terceiros com o objetivo de anular o assento de nascimento, considerando a realidade dos autos e a necessidade de proteger situações familiares reconhecidas e consolidadas" (STJ – 3ª Turma, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, *in* REsp. n. 215.249/MG, j. em 3-10-02).

Aliás, no julgamento do Recurso Especial n. 434.759/MG, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, em acórdão ementado pelo Min. Ruy Rosado de Aguiar (j. em 17-9-2002), estendeu o direito de ajuizamento de ação de nulidade a irmãos do suposto pai, senão vejamos:

REGISTRO CIVIL. Falsidade. Ação de nulidade. Legitimidade ativa. Irmãos do falecido declarante da paternidade. Os irmãos daquele que prestou declarações falsas ao registro civil, atribuindo-se a paternidade da criança, têm legitimidade para a ação de nulidade. Precedentes.

Outrossim, a lei substantiva permite aos interessados o questionamento de nulidade de registro de nascimento, mediante prova de erro ou falsidade do registro. É o que ressaí do disposto nos Código Civil atual e revogado:

CC de 1916: Art. 348. Ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade de registro.

CC de 2002: Art. 1604 – Ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro.

É objetivo nítido da requerente demonstrar que o registro de nascimento da menor M. F. V. foi realizado por erro e falsidade ideológica.

Assim, conforme dispositivos legais citados e entendimentos jurisprudenciais a respeito do assunto, o Judiciário não pode negar à requerente o direito à busca da verdade real.

Objetivando resolver o problema *sub judice* com a maior brevidade possível, trago à colação o seguinte entendimento deste egrégio Tribunal de Justiça:

– "APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO ANULATÓRIA DE REGISTRO CIVIL AJUIZADA PELOS HERDEIROS EM FACE DE OUTRO HERDEIRO – ALEGAÇÃO DE NULIDADE DO REGISTRO CIVIL – CABIMENTO – INTERESSE DE AGIR E LEGITIMIDADE DEMONSTRADA – PROSSEGUIMENTO DA AÇÃO – SENTENÇA REFORMADA – RECURSO PROVIDO" (TJSC – 3ª Câm. De Dir. Civ., Rel. Des. Sérgio Izidoro Heil, *in* Apelação Cível n. 2006.015446-6, de Laguna, j. Em 8-5-2007).

Assim, pedindo *venia* à sentença monocrática, estão presentes as condições da ação, notadamente a legitimidade ativa da autora e a possibilidade jurídica do pedido.

Outrossim, no tocante à prejudicial de decadência, que foi redargüida em contrarrazões de apelação, aplica-se o entendimento jurisprudencial no sentido de que "o direito de conhecer a descendência genética é imprescritível" (TJRS – 8ª Câm. Civ., rel. Des. Rui Portanova, *in* Ap. Cív. N. 700.109.734-02, j. Em 4-8-05).

Em decorrência do exposto, dou provimento ao recurso para anular a sentença e determinar o prosseguimento do feito, com a produção de provas sobre a socioafetividade e o parentesco biológico entre a criança, o pai registral e a requerente.

É o voto.

DECISÃO

Nos termos do voto do relator, esta Quarta Câmara de Direito Civil, à unanimidade de votos, resolve prover o recurso para anular a sentença e determinar o prosseguimento do feito, com a produção de provas sobre

a socioafetividade e o parentesco biológico entre a criança, o pai registral e a requerente.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Trindade dos Santos, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Subst. Ronaldo Moritz Martins da Silva.

Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Mário Gemin.

Florianópolis, 12 de junho de 2008.

Monteiro Rocha
RELATOR

QUARTA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

AGRAVO DE INSTRUMENTO

Agravo de Instrumento n. 2008.058037-5, de Joinville

Relator: Des. José Carlos Carstens Köhler

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DECLARATÓRIA CONEXA À DEMANDA CAUTELAR. SENTENÇA ÚNICA JULGANDO OS DOIS FEITOS. INTERPOSIÇÃO DE UM SÓ RECURSO E RECOLHIMENTO DE APENAS UM PREPARO PARA AMBOS OS PROCESSOS. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA QUE NÃO RECEBE A APELAÇÃO REFERENTE À CAUTELAR DIANTE DA AUSÊNCIA DE INSURGÊNCIA PRÓPRIA E DEVIDO PREPARO. IRRESIGNAÇÃO DO APELANTE.

SENTENÇA QUE DESLINDA MAIS DE UMA AÇÃO. POSSIBILIDADE DE INTERPOSIÇÃO DE APELO E PREPARO ÚNICOS. EXEGESE DO ART. 4º DA RESOLUÇÃO N. 84/07 DESTE AREÓPAGO. PRESSUPOSTO DE ADMISSIBILIDADE DO APELO PRESENTE. RECEBIMENTO DO RECURSO QUE SE IMPÕE. REFORMA DO *DECISUM* IMPERATIVA.

"O recurso interposto contra sentença que deslindar mais de uma ação sujeita-se a um só preparo" (Art. 4º da Res. n. 84/07 do TJSC).

RECURSO PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2008.058037-5, da 5ª Vara Cível da comarca de Joinville, em que é agravante Banco Itaú S. A., e agravado Edson Luiz Fischer:

ACORDAM, em Quarta Câmara de Direito Comercial, por votação unânime, dar provimento ao Recurso. Custas legais.

RELATÓRIO

Banco Itaú S. A. interpôs Agravo de Instrumento em face da decisão (fls. 97-98) proferida em conjunto na ação declaratória – Autos n. 038.99.019383-4 – e na ação cautelar de sustação de protesto – Autos n. 038.99.012074-8 – ajuizadas por Edson Luiz Fischer, que deixou de receber a apelação referente à cautelar diante da ausência de insurgência própria e do devido preparo.

O recorrente sustentou em suas razões recursais (fls. 2-10) que: a) foi prolatada uma única sentença para as duas demandas – declaratória e cautelar – razão pela qual foi interposta apenas uma peça apelatória e recolhido um só preparo para as duas ações; b) a decisão guerreada viola os princípios da unirrecorribilidade recursal, da celeridade, da economia processual, do direito de ação e da ampla defesa.

Ao final, requereu o provimento do Inconformismo para reformar-se a decisão interlocutória a fim de que seja recebido o Recurso interposto também quanto aos Autos n. 038.99.012074-8, devendo, neste ponto, ser anulada a certidão de trânsito em julgado relativa à ação cautelar.

Acompanham a inicial os documentos de fls. 11-206.

Em despacho unipessoal concedeu-se o almejado efeito suspensivo ao Recurso (fls. 209-210).

Intimado, o Agravado deixou fluir *in albis* o prazo assinalado para ofertar suas contra-razões (fl. 215).

Empós, a Irresignação foi redistribuída a esta relatoria.

É o necessário escorço.

VOTO

A Insurgência merece agasalho.

O mote do Agravo é a necessidade ou não de interposição de mais de um Apelo e recolhimento de tantos preparos quantos forem os processos envolvidos.

A questão reveste-se de singeleza franciscana, dispensando grande divagações.

De fato a matéria era objeto de grande discussão na doutrina e jurisprudência, que dividia o entendimento acerca da possibilidade de interposição de um único Recurso e recolhimento de apenas um preparo quando mais de um processo fosse deslindado através de uma só sentença.

Entretanto, a celeuma deixou de existir com a edição da Resolução n. 84/07 deste Tribunal de Justiça, que em seu art. 4º reza: "O recurso interposto contra sentença que deslindar mais de uma ação sujeita-se a um só preparo".

Como se pode facilmente observar, o dispositivo acima pôs uma pá de cal na *quaestio*, uma vez que deixa clara a desnecessidade de múltiplos Recursos e preparos quando se tratar de uma só sentença julgando mais de um processo.

E, constatando-se que na hipótese vertente a ação declaratória de nulidade de cláusula contratual – Autos n. 038.99.019383-4 – e a demanda cautelar de sustação de protesto – Autos n. 038.99.012074-8 – foram

julgadas através de uma única sentença (fls. 66-77), correta a interposição de apenas um Apelo e recolhimento de um preparo abrangendo os dois feitos.

Destarte, imperativa se mostra a reforma parcial da interlocutória de fls. 97-98 para determinar o recebimento do Apelo também em relação aos Autos n. 038.99.012074-8, anulando-se a certidão de trânsito em julgado relativa ao referido feito, confirmando-se, assim, a antecipação da tutela recursal deferida às fls. 209-210.

É o quanto basta.

DECISÃO

Diante do exposto, por unanimidade, dá-se provimento ao Agravo de Instrumento para reformar parcialmente a interlocutória de fls. 97-98, determinando-se o recebimento do Apelo também em relação aos Autos n. 038.99.012074-8 e anulando-se a certidão de trânsito em julgado relativa ao referido feito.

Comunique-se imediatamente ao Juízo *a quo*.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Lédio Rosa de Andrade, e dele participaram os Exmos. Srs. Des. João Henrique Blasi e José Inácio Schaefer.

Florianópolis, 2 de dezembro de 2008.

Carstens Köhler
RELATOR

APELAÇÕES CÍVEIS

Apelação Cível n. 2008.076125-0, de Joinville

Relator: Des. José Carlos Carstens Köhler

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. EX-TINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO. IRRESIGNAÇÃO RECURSAL DA AUTORA.

AVENTADA PRECLUSÃO DA ANÁLISE DOS REQUISITOS DE CONSTITUIÇÃO E DESENVOLVIMENTO VÁLIDO E REGULAR DA AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. INOCORRÊNCIA. MATÉRIA SUBMETIDA À NOVA APRECIÇÃO CONCERNENTE ÀS CONDIÇÕES E PRESSUPOSTOS DA AÇÃO. QUESTÕES DE ORDEM PÚBLICA. POSSIBILIDADE DE ENFRENTAMENTO A QUALQUER TEMPO E GRAU DE JURISDIÇÃO. AUSÊNCIA DE PRECLUSÃO.

CONSTITUIÇÃO EM MORA. POSSIBILIDADE DE A ENTREGA DA CIENTIFICAÇÃO SER EFETUADA PELO CORREIO, ATRAVÉS DE MEIO IDÔNEO. EXECUÇÃO DO SERVIÇO DE ENTREGA DA CORRESPONDÊNCIA PELOS CORREIOS QUE NÃO INVALIDA A NOTIFICAÇÃO, QUANDO ELABORADA E ENCAMINHADA ÀQUELA EMPRESA PELO CARTÓRIO DE TÍTULOS E DOCUMENTOS.

"[...] A notificação de constituição do devedor em mora, feita com aviso de recebimento pelos Correios, desde que entregue no endereço do devedor, é meio hábil a subsidiar a ação de busca e apreensão. Precedentes" (STJ — REsp. n. 771.268/PB, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 12-12-05).

EXIGÊNCIA, ENTRETANTO, DE QUE A NOTIFICAÇÃO EXTRAJUDICIAL SEJA ENCAMINHADA PELO CARTÓRIO DE TÍTULOS E DOCUMENTOS DA COMARCA DA RESI-

DÊNCIA DO DEVEDOR. INTERPRETAÇÃO SISTÊMICA DOS ARTS. 8º E 9º, AMBOS DA LEI 8.935/94. INOCORRÊNCIA NO CASO CONCRETO. CIENTIFICAÇÃO LEVADA A EFEITO POR SERVENTIA ESTRANHA A DO DOMICÍLIO DO NOTIFICANDO, LOCALIZADA INCLUSIVE EM UNIDADE FEDERATIVA DIVERSA DA CATARINENSE. INVALIDADE DO PROCEDIMENTO ADOTADO. MORA NÃO COMPROVADA. FALTA DE PRESSUPOSTO DE CONSTITUIÇÃO E DESENVOLVIMENTO VÁLIDO E REGULAR DO PROCESSO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA EXTINTIVA, AINDA QUE POR FUNDAMENTO DIVERSO.

RECURSO DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2008.076125-0, da 5ª Vara Cível da comarca de Joinville, em que é apelante Fináustria Companhia de Crédito, Financiamento e Investimento, e apelado Valdir Konell:

ACORDAM, em Quarta Câmara de Direito Comercial, por votação unânime, negar provimento ao Recurso. Custas legais.

RELATÓRIO

Fináustria Companhia de Crédito, Financiamento e Investimento S.A. propôs ação de busca e apreensão – Autos n. 038.02.031139-4 – em face de Valdir Konell, visando à concessão de mandado de busca e apreensão do veículo BMW 325 IA 2.5 24V, ano e modelo 1995, placas AON 0900, chassi n. WBAA25A4SSAA04161, sob o argumento de que o Requerido não teria adimplido a obrigação resultante do contrato de financiamento garantido por alienação fiduciária celebrado entre as Partes.

Afirma que em 8-8-01 concedeu ao Réu um crédito de R\$ 25.100,00 (vinte e cinco mil e cem reais), que acrescido dos encargos pactuados alcançou R\$ 46.149,48 (quarenta e seis mil, cento e quarenta e nove reais e quarenta e oito centavos), pagável em trinta e seis parcelas de R\$ 1.281,93 (mil, duzentos e oitenta e um reais e noventa e três centavos), das quais apenas dez foram honradas.

A liminar foi deferida (fl. 18).

O Devedor peticionou informando a existência de ação revisional envolvendo o mesmo contrato, requerendo a suspensão da medida cautelar deferida e o apensamento da presente aos Autos n. 038.02.019392-8 (fls. 20-21).

Em face do noticiado, o Magistrado *a quo* revogou a liminar, determinando a restituição do veículo ao Requerido na hipótese de o mandado já ter sido cumprido, bem como a expedição de alvará em favor do Patrono da Autor para levantamento da importância depositada na demanda revisional, suspendendo a ação de busca e apreensão (fls. 48-49).

Cumpridas as determinações, foram os autos mais uma vez conclusos, tendo o Togado de origem (fls. 56-59) julgado extinto o processo sem resolução do mérito, sob o argumento de ausência de pressuposto de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo, com fulcro no art. 267, inciso IV, do Código de Processo Civil.

Irresignado, apelou a Requerente (fls. 63-64 e 65-70) aduzindo, em síntese, que: a) os requisitos que respaldam a ação de busca e apreensão já foram devidamente analisados, tendo precluído qualquer hipótese de reapreciação; b) a mora resta comprovada, uma vez que a notificação por edital é medida respaldada em lei, qual seja, a Lei n. 9.492/97; c) é inadmissível a exigência de que a notificação seja pessoal, estando a jurisprudência pacífica quanto ao entendimento de que basta a cientificação ser entregue na residência do devedor. Requereu a reforma da sentença

para se determinar o prosseguimento regular do feito, com a conseqüente prolação de sentença de mérito, julgando-se procedente o pedido inicial ou, alternativamente, a suspensão do presente feito até o deslinde da ação revisional. Prequestionou o art. 5º, inciso LXVII, da "Carta da Primavera"; os arts. 1º a 5º do Decreto-Lei n. 911/69; os arts. 758, 762, 763, 802, 1.265 a 1.281 e 1.287, todos do Código Civil; os arts. 901 a 906 do Código de Processo Civil e, por fim, o art. 15, da Lei n. 9.492/97.

Recebido o Apelo apenas no efeito devolutivo (fl. 73).

Transcorrido *in albis* o prazo para a apresentação das contra-razões (fl. 76), subiram os autos a este grau de jurisdição.

É o necessário escorço.

VOTO

Ab initio, é preciso enfrentar a alegação de preclusão.

Sustenta o Apelante que a liminar já havia sido inclusive deferida, razão pela qual os requisitos que respaldam a ação de busca e apreensão já teriam sido analisados, precluindo qualquer hipótese de reapreciação.

Naufraga a assertiva.

E isso porque não há que se falar em preclusão *pro judicato* quanto à matéria de ordem pública, na qual se enquadram as condições e pressupostos da ação, questão submetida à nova apreciação pelo Togado de origem, que pode ser enfachada em qualquer tempo e grau de jurisdição, conforme determina o 267, § 3º, do Código de Processo Civil, *in verbis*: "O juiz conhecerá de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito, da matéria constante dos n. IV, V e VI".

Sobre o tema colhe-se das ensinanças de Humberto Theodoro Júnior:

[...] A proclamação da ausência de condição da ação e a conseqüente decretação de extinção do processo podem ocorrer por provocação da parte ou por iniciativa oficial do juiz (art. 267, § 3º).

As condições da ação, sendo requisitos de legitimidade da própria atuação do Poder Jurisdicional (arts. 2º e 3º), podem ser examinadas a qualquer tempo, não se sujeitando à preclusão, enquanto não houver sentença de mérito, ainda mesmo que o saneador reste irrecorrido.

(Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. v. I. 47. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2007. p. 355-356).

E o jurista Egas Moniz de Aragão complementa a idéia acima:

[...] Tais itens extravasam do poder dispositivo das partes, ficando incluídos entre os que se sujeitam a investigação de ofício pelo Estado, como uma das conseqüências de ser a ação um direito contra ele exercitável que, por isso, lhe dá o poder correspondente, de examinar de ofício os pressupostos do processo e as condições da ação, mesmo que ocorra a revelia do réu.

(Comentários ao Código de Processo Civil. vol. II. Rio de Janeiro: Forense. p. 536).

Por fim, da obra de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery extrai-se:

Exame de ofício. Como são matérias de ordem pública, as causas de incisos IV (pressupostos processuais), V (coisa julgada, litispendência e preempção) e VI (condições da ação) podem ser alegadas a qualquer tempo e grau de jurisdição, porque não acobertadas pela preclusão, e devem ser examinadas de ofício pelo juiz ou tribunal. Entenda-se por "qualquer grau de jurisdição" os da instância ordinária (primeiro e segundo graus, até os embargos infringentes), não se incluindo nesta locução as instâncias extraordinárias do RE e do REsp. (RTJ 105/267).

(Código de Processo Civil Comentado. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1997. p. 532).

Aflora então a inexistência de preclusão, por se tratar a mora pressuposto de condição e desenvolvimento válido e regular da ação de busca e apreensão.

Ultrapassada a questão, passa-se ao enfoque do mérito propriamente dito.

O caso concreto diz respeito a contrato de financiamento garantido por alienação fiduciária (fls. 9-10) firmado entre a Suplicante – Fináustria Companhia de Crédito, Financiamento e Investimento S.A., e o réu – Valdir Konell, para a aquisição de um automóvel, no valor final de R\$ 46.149,48 (quarenta e seis mil, cento e quarenta e nove reais e quarenta e oito centavos).

Em face do inadimplemento por parte do Requerido a partir da décima primeira prestação, ingressou a Demandante com ação de busca e apreensão, que foi extinta sem julgamento do mérito sob o argumento de que não teria restado comprovada a constituição em mora, uma vez que a entrega do aviso de recebimento – AR fora realizada pela Empresa de Correios e Telégrafos e não pelo oficial do Cartório de Títulos e Documentos.

A sentença deve ser mantida, ainda que por fundamento diverso.

Estabelece o § 2º do art. 2º do Decreto-Lei n. 911/69 que "a mora decorrerá do simples vencimento do prazo para pagamento e poderá ser comprovada por carta registrada expedida por intermédio de Cartório de Títulos e Documentos ou pelo protesto do título, a critério do credor".

Acerca da interpretação conferida ao dispositivo legal supra transcrito, a jurisprudência tanto desta Corte Estadual como do Superior Tribunal de Justiça entende que constitui pressuposto processual da ação de busca e

apreensão a constituição e validade da mora, que se dará através da notificação do devedor por intermédio do Cartório de Títulos e Documentos ou do protesto do título.

Neste sentido colhe-se do Superior Tribunal de Justiça:

BUSCA E APREENSÃO. DESCARACTERIZAÇÃO DA MORA. ENCARGOS ILEGAIS.

— A comprovação e validade da mora do devedor é um dos pressupostos processuais da ação de busca e apreensão de bem alienado fiduciariamente. Art. 2º do Decreto-Lei n. 911/69 e Súmula 72.

(AgRg nos EDcl nos EDcl no REsp. n. 803265/RS, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 19-12-07).

Por outro lado, sabe-se que não se faz necessário que a entrega da carta registrada seja feita na pessoa do destinatário, bastando que se comprove o recebimento da correspondência na residência do mesmo, ainda que por terceira pessoa, pois se presume que este último esteja autorizado pelo primeiro a recebê-la.

A propósito colhe-se da jurisprudência:

NOTIFICAÇÃO ACERCA DO DÉBITO E DO ENVIO POSTERIOR DÁ LETRA DE CÂMBIO REPRESENTATIVA DA DÍVIDA A CARTÓRIO. ENTREGA DO DOCUMENTO NO ENDEREÇO FORNECIDO PELO DEVEDOR NO CONTRATO. NÃO RECEBIMENTO PESSOAL. IRRELEVÂNCIA. HIGIDEZ DO ATO. ART. 14 DA LEI N. 9.492/97.

A notificação acerca da emissão e encaminhamento do título representativo da dívida a protesto, entregue no endereço fornecido pelo devedor no contrato, é suficiente para comprovar a sua ciência acerca da mora, presumindo-se que o recebimento naquele lugar, por outrem, tenha sido por ele autorizado. Inteligência do art. 14 da Lei n. 9.492/97.

(Apelação Cível n. 2002.022530-0, rel. Des. Maria do Rocio Luz Santa Ritta, j. 4-7-06).

Na mesma alheta:

APELAÇÃO CÍVEL – CONTRATO DE FINANCIAMENTO GARANTIDO POR ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA – EXTINÇÃO DO PROCESSO SOB O ENTENDIMENTO DE EXISTÊNCIA DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS REPUTADAS ABUSIVAS – MATÉRIA A SER ANALISADA NO MOMENTO PROCEDIMENTAL OPORTUNO – NOTIFICAÇÃO POR CARTA – REMESSA AO ENDEREÇO INDICADO PELO DEVEDOR NO CONTRATO FIRMADO COM O CREDOR – NOTIFICAÇÃO ASSINADA POR TERCEIRA PESSOA – IRRELEVÂNCIA – MORA COMPROVADA – RECURSO PROVIDO PARA CASSAR A SENTENÇA EXTINTIVA E DETERMINAR O NORMAL PROSEGUIMENTO DO FEITO

[...] Para a caracterização da mora, válida é a notificação por carta remetida ao endereço indicado pelo devedor no contrato de financiamento, ainda que assinada por terceira pessoa ali residente.

(Apelação Cível n. 2006.005525-4, rel. Des. Paulo Roberto Carmargo Costa, j. 23-6-06).

Todavia, como assinalado, é imprescindível a demonstração de que a carta tenha sido remetida ao endereço correto e recebida por alguém da residência. Somente nesta circunstância atesta-se a constituição em mora.

Sobre o assunto já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSO CIVIL. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. MORA. O credor pode caracterizar a mora do devedor pelo simples protesto do título, mas deve comprovar que do respectivo aponte o devedor foi intimado por meio de notificação pessoal ou de comunicação destinada ao seu endereço. Agravo regimental não provido.

(AgRg n. 673260-RS, Rel. Min. Ari Pargendler, j. 17-10-06).

Outrossim, conforme expressamente prevê o § 2º do art. 2º do Decreto-lei 911/69, a carta registrada deve ser expedida pelo Cartório de Títulos e Documentos, não fazendo a norma qualquer exigência no sentido de que a entrega da correspondência igualmente seja feita pelo oficial da Serventia.

Logo, é suficiente à constituição em mora a remessa da notificação extrajudicial ao endereço do devedor fiduciante, desde que feita pelo Cartório de Títulos e Documentos, que poderá valer-se da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos para a execução do serviço.

É da jurisprudência:

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. COMPROVAÇÃO DA MORA. NOTIFICAÇÃO. AVISO DE RECEBIMENTO. MEIO HÁBIL. PRECEDENTES.

1 — A notificação de constituição do devedor em mora, feita com aviso de recebimento pelos Correios, desde que entregue no endereço do devedor, é meio hábil a subsidiar a ação de busca e apreensão. Precedentes.

2 — Recurso especial conhecido e provido (REsp 771268/PB, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 12-12-05).

In casu, observa-se pela documentação de fls. 11-12, que foi realizada notificação extrajudicial por meio de carta, encaminhada pelo Ofício de Títulos e Documentos e entregue pelo correio através de aviso de recebimento, no mesmo endereço indicado no contrato (fls. 9-10).

Embora seja irrelevante à comprovação da mora a questão relativa ao receptor da correspondência, porquanto conforme já salientado basta à sua validade que a mesma tenha sido recebida por alguém da residência do devedor, é preciso ressaltar fato no mínimo estranho, que exsurge de um simples passar de olhos no AR de fl. 12, qual seja, o de que a assinatura do recebedor da correspondência foi alterada, acrescentando-se ao nome de Mara Rubia Serpa o sobrenome Konell.

Tal conclusão é extraída pela percepção até mesmo de um leigo de que a caligrafia do nome "Mara Rubia Serpa" é completamente distinta daquela impressa no sobrenome "Konell", além de ostentarem letras em formatos díspares – a primeira é cursiva e a segunda é de fôrma.

Feita a necessária ressalva, retorna-se à análise da validade da notificação extrajudicial.

Em que pese a possibilidade de a cientificação extrajudicial ser realizada pelos correios, no caso concreto a invalidade do ato é patenteada por outro vício.

É que, quanto à notificação do devedor, o entendimento até então esposado por esta relatoria era o de que a regra do art. 728 do Código de Normas da Corregedoria-Geral da Justiça do Estado de Santa Catarina não era aplicável às Serventias situadas em outras Unidades Federativas, uma vez que a CGJSC não tem atribuição para disciplinar a organização ou limitar a atuação do serviço notarial e registral de outros Estados e, por outro lado, a Lei 8.935/94, que rege a matéria, não imporia qualquer limite geográfico à atuação dos oficiais registraes e notariaes, o que tornaria legítima a realização de notificação extrajudicial por outros Estados.

Esse posicionamento, entretanto, deve ser revisto, em face do direcionamento dado à matéria pelo Superior Tribunal de Justiça, de que há referida limitação na Lei n. 8.935/94, em razão da interpretação sistemática a ser conferida aos arts. 8º e 9º do mencionado Diploma Legal, *in verbis*:

"Art. 8º. É livre a escolha do tabelião de notas, qualquer que seja o domicílio das partes ou o lugar de situação dos bens objeto do ato ou negócio.

Art. 9º. O tabelião de notas não poderá praticar atos de seu ofício fora do Município para o qual recebeu delegação".

Assim proclamou o Superior Tribunal de Justiça: "Notificação extrajudicial. Artigos 8º e 9º da Lei n. 8.935/94. 1. O ato do tabelião praticado fora do âmbito de sua delegação não tem validade, inoperante, assim, a constituição em mora. 2. Recurso especial conhecido e provido" (REsp n. 682.399/CE, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 7-5-07).

Em idêntica toada decidiu recentemente esta Corte Estadual:

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. BUSCA E APREENSÃO. NOTIFICAÇÃO CONSIDERADA DEFICITÁRIA. EXTINÇÃO. PROTESTO DO TÍTULO. VALIDADE, EM TESE, DO ATO PARA A CONSTITUIÇÃO EM MORA DO DEVEDOR. PROTESTO LAVRADO, ENTRETANTO, POR CARTÓRIO DE CIRCUNSCRIÇÃO DIVERSA DA DO DOMICÍLIO DO ALIENANTE. INEFICÁCIA. SOLUÇÃO EXTINTIVA CONFIRMADA POR FUNDAMENTO DIVERSO. RECLAMO RECURSAL DESPROVIDO.

Não é eficaz, como meio comprobatório da mora do alienante fiduciário, para efeitos de ação de busca e apreensão, o protesto extraído por cartório situado em comarca diversa da de domicílio do devedor (Apelação Cível n. 2007.037918-8, rel. Des. Trindade dos Santos, j. 23-10-07).

E do corpo do v. acórdão se extrai:

Esclarecido isso, deve ser mantida a sentença, muito embora, por razões diversas daquelas esplanadas pelo MM. Juiz *a quo*.

Isso porque, para concessão de liminar de busca e apreensão é necessária a comprovação dos requisitos para propositura da ação, o que de fato não ocorreu nos presentes autos, pois o protesto foi realizado por cartório de circunscrição diversa da de residência do devedor, fato que invalida o ato, faltando documento indispensável a constituição do devedor em mora.

Afirma-se, não existe a possibilidade de ser protestado o título por cartório não situado na mesma comarca da do devedor, conforme novo entendimento do STJ, veja-se:

Notificação extrajudicial. Artigos 8º e 9º da Lei n. 8.935/94.

1. O ato do tabelião praticado fora do âmbito de sua delegação não tem validade, inoperante, assim, a constituição em mora.

2. Recurso especial conhecido e provido (Resp. n 682.399, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. em 7-5-2007).

No corpo do acórdão, o Excelentíssimo Ministro relator fundamenta sua decisão, ressaltando:

Creio que a recorrente tem razão. A notificação foi feita por cartório de outra comarca. O disposto na lei de regência é no sentido de que o tabelião não pode praticar atos fora do município para o qual recebeu delegação. Se pratica, seu ato não tem validade.

Isso porque, deve-se interpretar o disposto nos artigos 8º e 9º da Lei 8.935/94 conjuntamente.

É a redação dos citados artigos:

Art. 8º É livre a escolha do tabelião de notas, qualquer que seja o domicílio das partes ou o lugar de situação dos bens objeto do ato ou negócio.

Art. 9º O tabelião de notas não poderá praticar atos de seu ofício fora do Município para o qual recebeu delegação.

Assim, outra não é a melhor solução, senão se concluir que a faculdade dada ao credor à escolha do cartório que realizará o protesto do título, nos termos do art. 8º da Lei n. 8.935/94, não pode ultrapassar os limites estabelecidos pelo art. 9º deste mesmo dispositivo, haja vista necessária interpretação sistemática desses dispositivos, sem a qual acarretaria numa inaplicabilidade da lei, por se tornar ela ambígua em seus próprios fundamentos, o que, de fato, inexistente.

Nesse norte, a livre escolha ao qual se refere o artigo 8º, diz respeito a cartório situado naquela comarca, conforme art. 9º, pois, somente assim, existe a ligação e coerência entre ambos os dispositivos da lei supra citada.

Logo, frustrada a notificação e inexistente o protesto, por ser inválido aquele juntado aos autos à folha 12, ausente resta a ação de busca e apreensão de documento indispensável a sua propositura, fato que nos leva, invariavelmente, a manter a extinção do feito, pelos fundamentos acima expostos.

Exsurge que tanto a notificação extrajudicial quanto o protesto do título – precedido de tentativa de intimação pessoal do devedor – devem ser realizados pelos Cartórios de Títulos e Documentos/Protestos situados na Comarca do domicílio/residência do inadimplente.

E, no *caso sub judice*, embora o domicílio do Consumidor seja o Município de Joinville/SC, a notificação foi encaminhada pelo Cartório de Registro de Títulos e Documentos de Piratininga/SP (fl. 11), localizado não só fora da Comarca de residência do Devedor como em outra Unidade Federativa, o que não é admitido.

Como se vê, inválida se mostra a notificação extrajudicial levada a efeito pelo Requerente, não restando, portanto, evidenciada a constituição em mora do Apelado.

Destarte, pelas razões suso delineadas, verificando-se a ausência de pressuposto de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo, a manutenção da sentença extintiva, ainda que por fundamento diverso – art. 267, inciso IV, do CPC – é medida que se impõe.

É o quanto basta.

DECISÃO

Ante o exposto, por unanimidade, nega-se provimento ao Recurso, mantida a r. sentença com fundamento no art. 267, IV, do CPC.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Lédio Rosa de Andrade, e dele participaram os Exmos. Srs. Des. João Henrique Blasi e José Inácio Schaefer.

Florianópolis, 10 de fevereiro de 2009.

Carstens Köhler
RELATOR

Apelação Cível n. 2008.081969-2, de Joinville

Relator: Des. João Henrique Blasi

APELAÇÃO CÍVEL. CADERNETA DE POUPANÇA. AÇÃO DE COBRANÇA DE EXPURGOS INFLACIONÁRIOS DEFLUENTES DO DENOMINADO PLANO *VERÃO*. PROCEDÊNCIA DO FEITO NO JUÍZO *A QUO* PARA DETERMINAR O IMPLEMENTO DA DIFERENÇA REMUNERATÓRIA PLEITEADA. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2008.081969-2, da comarca de Joinville (5ª Vara Cível), em que é apelante Banco Santander S.A. e apelado Espólio de Raymundo Weldt:

ACORDAM, em Quarta Câmara de Direito Comercial, à unanimidade, conhecer do recurso e negar-lhe provimento. Custas *ex-lege*.

RELATÓRIO

Espólio de Raymundo Weldt, representado pelo advogado Eraldo Lacerda Júnior, ajuizou ação de cobrança contra Banco Santander S.A., representado pela advogada Manuela Gomes Magalhães Biancamano, com quem mantinha contrato de depósito em caderneta de poupança, requerendo, ao final, a condenação do requerido ao pagamento da diferença entre o IPC (Índice de Preços ao Consumidor) que deveria ter sido aplicado no mês de janeiro de 1989 e o que foi creditado na época, acrescida de juros, correção monetária e ônus de sucumbência.

Após a contestação (fls. 90-106) e a réplica (fls. 117-119), a juíza Cíntia Ranzi Arnt proferiu a decisão de fls. 135-144, que contém o seguinte dispositivo:

Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE o pedido formulado na presente AÇÃO DE COBRANÇA que move ESPÓLIO DE RAIMUNDO WELDT contra BANCO SANTANDER, para condenar o requerido a pagar ao autor, tão-somente, as diferenças a título de correção monetária referente ao IPC não creditadas nas contas-poupança descritas na inicial, cuja data base não foi observada pelo plano econômico em questão, correspondendo ao percentual de 42,72% do mês de janeiro de 1989, referente ao Plano Verão; O montante deverá ser apurado em liquidação de sentença, nos termos do artigo 475-B do CPC, observando-se as datas de abertura e de período de vigência das contas em análise, acrescido, ainda, de juros de mora de 1% ao mês, a partir da citação, e correção monetária pelos índices oficiais. Condeno o requerido, ainda, ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes à razão de 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação, atenta ao disposto no art. 20, § 3º, do CPC [...]. (fls. 143-144).

Irresignada, a instituição bancária interpõe a apelação sob exame, na qual assevera a legalidade dos índices aplicados, bem como a inexistência de violação a direito adquirido. (fls. 147-152)

Após as contra-razões (fls. 165-169), vieram-me os autos conclusos.

É o relatório.

VOTO

Sem preliminares, passo, de pronto, à análise do mérito.

A sentença recorrida avulta irreprochável, pois julgou procedente a ação, determinando o emprego do índice de atualização monetária de 42,72% (quarenta e dois vírgula setenta e dois por cento) no mês de janeiro de 1989, com base no IPC (Índice de Preços ao Consumidor), mercê do expurgo inflacionário ditado pelo denominado Plano *Verão*, nos termos de remansosa jurisprudência, como se verifica adiante:

APELAÇÃO CÍVEL — COBRANÇA — CONTRATO BANCÁRIO — CADERNETA DE POUPANÇA — PLANOS BRESSER E VERÃO — TESES DE ILEGITIMIDADE PASSIVA DO BANCO E PRESCRIÇÃO — INALTERABILIDADE DO ÍNDICE APLICÁVEL PARA OS MESES DE JUNHO DE 1987 E JANEIRO DE 1989 -DIREITO ADQUIRIDO DO POUPADOR — APELAÇÃO DESPROVIDA.

O sistema de depósitos bancários em poupança tem inquestionavelmente índole contratual de trato sucessivo. Não se tratando de pacto aleatório ou de risco, não se vê afetado por disposição legal que venha disciplinar a matéria alterando os seus critérios. Assim não é lícito ao agente financeiro, no decurso do mês, não obstante o lapso indefinido, alterar os índices de atualização monetária, passando, em razão de abandono do IPC para adotar as variações das LFT em detrimento do poupador que tem adquirido o direito a cada trinta dias ver assegurados os indexadores adotados no início do período (Ap. Cív. n. 2006.000778-9, da Capital, rel. Des. Anselmo Cerello, j. em 31-8-2006).

APELAÇÕES CÍVEIS — AÇÃO DE COBRANÇA — DIFERENÇA DE CORREÇÃO MONETÁRIA — CADERNETA DE POUPANÇA — LEGITIMIDADE PASSIVA EXCLUSIVA DE BANCO BANESTADO S/A — VERBA ADVOCATÍCIA ARBITRADA EM FAVOR DE BANCO ITAÚ S/A MINORADA — RECURSO INTERPOSTO PELOS AUTORES PARCIALMENTE PROVIDO. DECISÃO EXTRA PETITA — INOCORRÊNCIA — PLANO COLLOR I — LEI N. 8.024/90 — CADERNETAS COM ANIVERSÁRIO NA PRIMEIRA QUINZENA DE MARÇO DE 1990 — LEGITIMIDADE PASSIVA DA INSTITUIÇÃO DEPOSITÁRIA — REAJUSTES DEVIDOS — PLANO BRESSER — JUNHO DE 1987 — RESOLUÇÃO N. 1.338/BACEN — NÃO-INCIDÊNCIA SOBRE AS CADERNETAS DE POUPANÇA INICIADAS E RENOVADAS ATÉ 15 DE JUNHO DE 1987 — REAJUSTE PELO IPC, EM 26,06% — PLANO VERÃO — JANEIRO DE 1989 — MP N. 32/89 E LEI N. 7.730/89 — INAPLICABILIDADE SOBRE AS CADERNETAS DE POUPANÇA COM CONTRATO ANTERIOR OU RENOVADAS ATÉ 15 DE JANEIRO DE 1989 — CORREÇÃO PELO IPC, À BASE DE 42,72% — MANUTENÇÃO DA SENTENÇA DE PRIMEIRO GRAU — APELO

DE BANCO BANESTADO S/A DESPROVIDO (Ap. Cív. n. 2006.010468-1, rel. Des. Ricardo Orofino da Luz Fontes, j. em 7-5-2007).

Diante disto, sem mais disceptações, tal a pacificidade da matéria, infere-se que a sentença recorrida resguardou direito adquirido constitucionalmente assegurado ao autor/apelado, que não poderia ter sido vulnerado, como o foi, pelo Plano Econômico editado.

Assim, é de manter-se incólume a sentença objurgada.

DECISÃO

Ante o exposto, conhece-se do recurso e nega-se-lhe provimento, mantendo-se incólume a sentença apelada.

O julgamento, realizado no dia 10 de fevereiro de 2009, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Lédio Rosa de Andrade, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. José Inácio Schaefer.

Florianópolis, 11 de fevereiro de 2009.

João Henrique Blasi
RELATOR

Apelação Cível n. 2008.081378-6, de Joinville

Relator: Des. João Henrique Blasi

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA DE ADIMPLE-
MENTO DE CONTRATO DE PARTICIPAÇÃO FINANCEIRA
EM SERVIÇO DE TELEFONIA. COMPLEMENTAÇÃO DO
VALOR PATRIMONIAL DAS AÇÕES. PRELIMINARES DE
ILEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM*, PRESCRIÇÃO E DE-
CADÊNCIA REJEITADAS. VALOR PATRIMONIAL DA AÇÃO
A SER QUANTIFICADO COM LASTRO NO BALANCETE
MENSAL CONTEMPORÂNEO À CONTRATAÇÃO. ALEGA-
DA VIOLAÇÃO A ATO JURÍDICO PERFEITO E ACABADO
NÃO ACOLHIDA. CONDENAÇÃO NO PAGAMENTO DE
DIVIDENDOS. DESNECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DE
PROVA PERICIAL. MANIFESTAÇÃO SOBRE ARTIGOS DE
LEI PARA FINS DE PREQUESTIONAMENTO. RECURSO
PARCIALMENTE PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2008.081378-6, da comarca de Joinville (1ª Vara Cível), em que é apelante Brasil Telecom S/A e apelado Plácido Silveira de Souza:

ACORDAM, em Quarta Câmara de Direito Comercial, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe parcial provimento, nos termos da fundamentação do voto relatorial. Custas na forma da lei.

RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta por Brasil Telecom S/A, pleiteando a reforma da sentença proferida pelo Juiz da 1ª Vara Cível da Comarca de Joinville, que julgou procedente os pedidos, na ação ordinária de adimplemento contratual aforada por Plácido Silveira de Souza, condenando a

apelante (a) a emissão de ações em quantidade equivalente à diferença entre o número de títulos a que a parte autora faria jus na data da subscrição do capital resultante da divisão do montante por ele integralizado pelo valor unitário da ação na mesma data, conforme o último balanço patrimonial anterior à contratação e o que já foi emitido em seu favor; (b) ao pagamento da diferença de ações, na impossibilidade de emissão acionária, utilizando-se para sua conversão em pecúnia a cotação de fechamento da ação, pela Bovespa, corrigidos monetariamente pelo INPC/IBGE e acrescido de juros de 1% ao mês, a partir da citação; (c) ao pagamento dos dividendos relativos às ações faltantes; e (d) ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.

A apelante sustenta haver ilegitimidade passiva *ad causam*, prescrição, decadência, violação a ato jurídico perfeito e acabado, impossibilidade do pagamento de dividendos e de cálculo pelo valor de cotação em bolsa, necessidade de realização de prova pericial no processo de conhecimento, além de discorrer sobre o estabelecimento de critérios para a quantificação do cálculo indenizatório.

Foram apresentadas contra-razões.

É, no essencial, o relatório.

VOTO

Há que se examinar as preliminares suscitadas.

1. Ilegitimidade passiva *ad causam*

A recorrente invoca esta preliminar ponderando que o edital de privatização da Telesc (antecessora da Brasil Telecom S.A.), estabeleceu que:

"[...] as obrigações de qualquer natureza [...] referentes a atos praticados ou fatos geradores ocorridos até a data da aprovação

parcial, inclusive, permanecerão de responsabilidade exclusiva da Telebrás, com exceção das contingências passivas cujas provisões tenham sido expressamente consignadas nos documentos anexos ao laudo de avaliação, hipótese em que [...] as perdas respectivas serão suportadas pela Telebrás e pelas companhias em questão, na proporção da contingência a elas alocada" (fl. 87).

Tenciona, assim, ver reconhecida sua ilegitimidade para figurar no pólo passivo, onde deveria estar a Telebrás (residual).

Conforme consta da transcrição anterior, o edital de privatização cuidou de estabelecer exceção às responsabilidades da Telebrás quanto a contingências passivas constantes expressamente dos documentos anexos ao laudo de avaliação. Entretanto, a empresa recorrente não logrou comprovar a alegação de inexistência do contrato do demandante no âmbito dos mencionados anexos, providência imprescindível para efeito do art. 333, II, do Código de Processo Civil.

Além disso, trata-se de questão pacificada no Superior Tribunal de Justiça, conforme colhe-se da seguinte decisão:

CIVIL E PROCESSUAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CONTRATO. PARTICIPAÇÃO FINANCEIRA. DOBRÁ DE AÇÕES. LEGITIMIDADE DA CRT/BRASIL TELECOM.

PRECEDENTES. OMISSÃO EXISTENTE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS COM EFEITOS MODIFICATIVOS PARA RESTABELECEM A DECISÃO PRIMEIRA.

I. No STJ já é pacífico o entendimento de que a legitimidade passiva da CRT, atual Brasil Telecom, decorre do contrato de participação financeira, de cuja relação é parte, sendo parte legítima para figurar no polo passivo da demanda.

II. Embargos acolhidos com efeitos modificativos para restabelecer a r. sentença de primeiro grau. (EDcl no AgRg no Ag 711871 / RS, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. em 3-5-07)

Oportuno salientar, ainda, que o próprio edital invocado pela recorrente contém expressa disposição estabelecendo o direito de a de-

mandada, em caso de lhe ser atribuída responsabilidade não constante da contingência passiva, exigir da Telebrás a disponibilização dos recursos para saldar a obrigação.

O dispositivo editalício está redigido com o seguinte teor:

[...] se [...] a Telebrás ou qualquer das companhias for demandada a liquidar obrigação que tiver ficado sob a responsabilidade da Telebras ou de outra companhia, a demandada terá o direito de exigir que a Telebrás ou a companhia responsável pela liquidação daquela obrigação disponha os recursos necessários à sua liquidação.

Assim, não obstante a atitude omissiva da recorrente em demonstrar a inexistência da responsabilidade na contingência passiva, certo é que poderá demandar regressivamente a Telebrás, no tocante aos recursos necessários ao devido ressarcimento.

O Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, assim decidiu:

A Brasil Telecom S.A. é parte legítima para figurar no pólo passivo da ação que tem como objeto atribuir responsabilidade decorrente de contrato celebrado pela Telems, porque assumiu o seu controle acionário através do processo de privatização da Telebrás. (TJMS — Ap. Cív. n. 2003.002890-0, rel. Des. Rêmoló Letteriello, j. em 2-3-2004. No mesmo sentido: TJMS – Ap. Cív. 2001.002471-6, rel. Des. Atapoã da Costa).

Incabível, portanto, o reconhecimento da ilegitimidade passiva *ad causam* da apelante, ademais do que inaplicável à hipótese o estatuído no parágrafo único do art. 233 da Lei n. 6.404/1976.

2. Prescrição e decadência

A pretendida aplicabilidade da prescrição disciplinada pelo art. 287, II, *g*, da Lei n. 6.404/76, com a redação da Lei n. 10.303/01, também não há de colher melhor sorte, ante a inviabilidade jurídica de sua incidência neste feito.

É que a lide inaugurada pelo ora recorrido cinge-se à condenação da apelante pelo retardo na subscrição de ações por ele integralizadas, retardando este que ensejou a diminuição do quantitativo delas, com prejuízos àquele.

Reitere-se, portanto, que a subscrição da totalidade das ações pretendidas não ocorreu e o litígio refere-se, precisamente, à inexistência de tais títulos, o que torna inaplicável a Lei n. 6.404/76, versante sobre sociedades anônimas.

A divergência a ser dirimida situa-se fora do contexto do direito societário e é de natureza pessoal, porquanto aquele que não recebeu a quantia adequada de ações não é, em relação a elas, acionista da companhia, à luz do preceituado no art. 31 da Lei n. 6.404/76, que diz:

Art. 31. A propriedade das ações nominativas presume-se pela inscrição do nome do acionista no livro de "Registro de Ações Nominativas" ou pelo extrato que seja fornecido pela instituição custodiante, na qualidade de proprietária fiduciária das ações (Redação da Lei n. 10.303/2001) [...].

Sobre o assunto, elucidativo é o seguinte julgamento do STJ:

COMERCIAL. AÇÕES. SUBSCRIÇÃO. COMPLEMENTAÇÃO. BRASIL TELECOM. PRESCRIÇÃO.

1 – Esta Corte firmou entendimento no sentido da não aplicação do lapso temporal previsto no art. 287, II, *g* da Lei n. 6.404/76, introduzido pela Lei n. 10.303/2001, porquanto trata-se de direito obrigacional decorrente de contrato de participação financeira e não societário. Desta forma, incide, na espécie, a prescrição prevista no art. 177 do Código Civil de 1916 e nos arts. 205 e 2.028 do Código Civil de 2002.

2 — Agravo regimental desprovido (AgRg no REsp. n. 845.763/RS, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. em 18-9-07)

Logo, o direito posto na exordial está adstrito a ação de natureza pessoal, cuja prescrição funda-se no Código Civil e, por isso, poderá ser

vintenária, se aplicável o Diploma de 1916 (art. 177) ou decenária, se incidente o art. 205 do novo Código, como asseverado pelo STJ:

DIREITO COMERCIAL E PROCESSUAL CIVIL. SOCIEDADE ANÔNIMA AÇÃO DE SUBSCRITOR DE AÇÕES NÃO ENTREGUES. DIREITO À COMPLEMENTAÇÃO DE AÇÕES SUBSCRITAS. PRESCRIÇÃO. APLICAÇÃO DO ART. 287, II, G, DA LEI N. 6.404/76. IMPOSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE PRETENSÃO DE ACIONISTA. NATUREZA PESSOAL DA PRETENSÃO. PRESCRIÇÃO DE ACORDO COM O CÓDIGO CIVIL.

— Como a prescrição é a perda da pretensão por ausência de seu exercício pelo titular, em determinado lapso de tempo; para se verificar se houve ou não prescrição é necessário constatar se nasceu ou não a pretensão respectiva, porquanto o prazo prescricional só começa a fluir no momento em que nasce a pretensão.

— [...]

— A pessoa que subscreveu ações de uma sociedade anônima, mas não recebeu a quantidade devida de ações, não é acionista da companhia em relação às ações não recebidas e, por isso mesmo, ainda não tem qualquer direito de acionista em relação à companhia por conta das referidas ações.

— O direito à complementação de ações subscritas decorrentes de instrumento contratual firmado com sociedade anônima é de natureza pessoal e, conseqüentemente, a respectiva pretensão prescreve nos prazos previstos nos arts. 177 do Código Civil/1916 (20 anos) e 205 do atual Código Civil (10 anos).

Recurso especial conhecido e provido (REsp. n. 829835/RS, rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 1-6-06).

Observada a regra de transição inculpada no art. 2.028 do Código Civil, a prescrição será vintenária se o lapso temporal a ela atinente houver transcorrido, em montante superior à metade, por ocasião da entrada em vigor da nova lei civil (janeiro de 2003). O prazo prescricional será, porém, de um decênio, a contar da vigência do novo Código Civil, se, a partir de então, tal interregno for inferior a sua metade.

Confira-se:

PROCESSO CIVIL — RECURSO ESPECIAL — AGRAVO REGIMENTAL – BRASIL TELECOM — DIREITO À COMPLEMENTAÇÃO DE AÇÕES SUBSCRITAS – PRESCRIÇÃO — ART. 287, II, G, DA LEI N. 6.404/76 — INAPLICABILIDADE – NATUREZA OBRIGACIONAL — DATA DA SUBSCRIÇÃO DEFICITÁRIA DAS AÇÕES — INEXISTÊNCIA — DEVOLUÇÃO DOS AUTOS AO TRIBUNAL A QUO – PRAZO PRESCRICIONAL NOS TERMOS DO CÓDIGO CIVIL — DESPROVIMENTO.

1 — No que se refere à prescrição prevista no art. 287, II, g da Lei n. 6.404/76, introduzida pela Lei n. 10.303/2001, este Tribunal firmou recente entendimento no sentido de afastar a incidência do referido dispositivo na hipótese de ação judicial que tenha por objeto a complementação do número de ações subscritas à época em que celebrou o contrato de participação financeira com a companhia telefônica. Precedentes.

2 — É que a natureza do liame existente entre as partes não é societária, mas obrigacional, decorrente do contrato de participação financeira celebrado pelos demandantes, o que obsta a incidência da prescrição trienal, aplicando-se, por outro lado, aquela prevista na legislação civil — art. 177 do Código Civil de 1916 e artigos 205, 2.028 e 2.035 do Código Civil de 2002.

3 — Inexistindo possibilidade de se verificar, de plano, a ocorrência ou não da prescrição, por não constar das decisões proferidas nas instâncias ordinárias a data da subscrição deficitária das ações dos autores, impõe-se a devolução dos autos ao e. Tribunal a quo para que este realize nova contagem, observado o prazo prescricional de vinte anos (artigo 177 do CC/16) ou de dez anos (artigo 205 do CC/2002), estes últimos contados de 11-1-2003 (advento do novo código civil).

4 — Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp. n. 822248/RS, rel. Min. Jorge Scartezzini, j. em 14-11-06).

Assim, face ao expendido, não há de ser aplicado o prazo prescricional previsto no art. 206, § 3º, IV e V, do Novo Código Civil ou do art. 1º-C da Lei n. 9.494/97 (TJRS, Apelação Cível n. 70021038591, de Cerro

Largo, rel. Des. Orlando Heemann Júnior, j. em 8-11-2007), tampouco o prazo decadencial prescrito no art. 26 do Código de Defesa do Consumidor (TJRS, Apelação Cível n. 70020855524, de Porto Alegre, rel. Des. Cláudio Baldino Maciel, j. em 30-8-2007).

3. Mérito

O recorrido ajuizou ação sustentando haver pactuado contrato de adesão de participação financeira em investimento na área telefônica, em razão do qual a recorrente assumiu o compromisso de disponibilizar ações suas, sendo que tais ações não foram calculadas na data da integralização, senão que posteriormente, restando emitidas em menor número, infligindo-lhe, pois, prejuízo.

O retardo na emissão das ações, em relação à data da integralização, é matéria incontroversa nos autos, remanescendo, assim, a discussão quanto à emissão de novos títulos ou à correspondente indenização em face das ações.

A postergação de tal providência implica, sem dúvida, enriquecimento sem causa.

Neste sentido haure-se:

RECURSO ESPECIAL. CONTRATO. PARTICIPAÇÃO FINANCEIRA. SUBSCRIÇÃO. QUANTIDADE MENOR. AÇÕES. DIREITO. RECEBIMENTO. DIFERENÇA.

1. Consoante entendimento pacificado no âmbito da Segunda Seção, em contrato de participação financeira, firmado entre a Brasil Telecom S.A. e o adquirente de linha telefônica, este tem direito a receber a quantidade de ações correspondente ao valor patrimonial na data da integralização, sob pena de sofrer severo prejuízo, não podendo ficar ao alvedrio da empresa ou de ato normativo de natureza administrativa, o critério para tal, em detrimento do valor efetivamente integralizado.

2. Recurso especial conhecido em parte e, nesta extensão, provido para determinar a complementação da quantidade de ações a que os

recorrentes não excluídos da lide teriam direito. (REsp. n. 500236/RS, rel. Min. Ruy Rosado Aguiar, j. 1º-12-03)

Esta matéria foi minudentemente examinada pelo Desembargador Ricardo Fontes, da Primeira Câmara de Direito Comercial deste Tribunal, bem como pelo Ministro Hélio Quaglia Barbosa, do Superior Tribunal de Justiça, cujos estudos restaram consolidados no acórdão referente à Apelação Cível n. 2007.058271-6, da Comarca de Lages, do qual se extrai a seguinte motivação que passa a fazer parte integrante do voto ora proferido:

"Há que se atentar, inicialmente, para a circunstância de que se contratou de forma adesiva, porquanto se reconhece que as cláusulas da pactuação restaram previamente elaboradas pela empresa telefônica à ocasião, que, ao impor unilateralmente as suas condições, impossibilitou a discussão pela parte aderente (GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. 2. ed. rev., atual. e refor. São Paulo: Saraiva, 2006. v. IV: contratos. tomo 1: parte geral. p. 121-123), devendo prevalecer a interpretação, em caso de eventual dúvida, em benefício da última. Nesse sentido, do TJSC: Ap. Cív. n. 1998.016191-6, de Ituporanga, rel. Des. Gaspar Rubik, DJ de 3-8-1999; e Ap. Cív. n. 2003.014062-0, de Porto União, rel. Des. Mazoni Ferreira, DJ de 30-6-2006".

"Não bastasse a adesividade da contratação, há relação de consumo nos pactos de participação financeira firmados para a obtenção de serviços de telefonia, com cláusula de investimento em ações, o que permite, em tese, a aplicação do CDC (STJ, REsp. n. 645.226/RS, rel. Min. Fernando Gonçalves, DJU de 7-8-2006; REsp. n. 470.443/RS, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJU de 22-9-2003; e REsp. n. 600.784/RS, rela. Mina. Nancy Andrighi, DJU de 1º-7-2005)".

"É de se ponderar, logo, que a relação de consumo resta evidenciada pela existência de prestação de serviços ao(à)(s) demandante(s) pela concessionária, consistente na administração de recursos de terceiro(s), e, também, que não basta que o(s) consumidor(es), quanto às ações regularmente emitidas, seja(m) rotulado(s) como sócio(s) e esteja(m) formalmente integrado(s) a uma sociedade anônima para que se afaste o vínculo consumerista".

"Os reflexos do emprego das normas do diploma mencionado ao caso vertente, entretanto, devem ser apreciados nos limites das questões em debate no mérito do pleito, pois a incidência do CDC não implica, de imediato, o acatamento das teses da parte demandante".

"Não se pode falar em violação ao art. 5º, XXXVI, da CRFB, pois, embora o CDC seja aplicável tão-somente aos contratos celebrados depois de sua vigência (STJ, REsp. n. 504.907/RS, rel. Min. Barros Monteiro, DJU de 22-9-2003), certo é que o pronunciamento judicial do MM. Juiz, ao apreciar a questão meritória especificamente, não empregou qualquer norma do diploma referenciado ao caso concreto em prejuízo da empresa demandada".

"Como consignado, ficou comprovado que a emissão das ações da parte autora não ocorreu na data da integralização do capital, pelo que aquela foi feita a menor, em prejuízo do(s) contratante(s), razão pela qual se impõe o acolhimento, *prima facie*, do pedido de complementação decorrente do recebimento apenas parcial do capital social da sociedade anônima ré".

"Nesse tipo de feito, há que se deferir a complementação dos títulos que deveriam ter sido emitidos em favor da parte autora na data da integralização do capital, antes mesmo da alternativa indenização. Não se verifica, na hipótese em estudo, impossibilidade jurídica do pedido, porquanto o ordenamento alberga a pretensão (TJRS, Ap. Cív. n. 70016915290, de Porto Alegre, rel. Des. Pedro Celso Dal Pra, j. em 5-10-2006; Ap. Cív. n. 70003179389, de Porto Alegre, rel. Des. José Francisco Pelegrini, j. em 5-4-2005; e Ap. Cív. n. 70010493575, de Porto Alegre, rel. Des. Umberto Guaspari Sudbrack, j. em 3-3-2005)".

"A complementação da emissão de ações constitui nítida obrigação de fazer (STJ, REsp. n. 528.280/RS, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, DJU de 2-5-2005), e, caso a ré não cumpra a determinação, na execução do julgado, faz-se possível a conversão em indenização, conforme autorização do art. 633 do CPC".

"O princípio que veda a reforma para pior (*reformatio in pejus*), todavia, deve ser respeitado nas hipóteses em que o Magistrado defere apenas o pedido indenizatório".

"Acerca do objeto principal do recurso, o STJ, em recente decisão, fixou, de maneira justa e ponderada, os parâmetros para o correto cômputo do valor patrimonial da ação, em acórdão que recebeu a seguinte ementa":

'DIREITO CIVIL. CONTRATO DE PARTICIPAÇÃO FINANCEIRA. VIOLAÇÃO DOS ARTIGOS 165, 458, II E 535 DO CPC. NÃO-CARACTERIZAÇÃO. ILEGITIMIDADE. INCI-DÊNCIA DO VERBETE SUMULAR N. 07 DESSA CORTE. PRESCRIÇÃO PREVISTA NO ARTIGO 287, II, G DA LEI N. 6.404/76. NÃO-INCIDÊNCIA. VALOR PATRIMONIAL DA AÇÃO. APURAÇÃO NO MÊS DA INTEGRALIZAÇÃO. MULTA DO ARTIGO 538, § ÚNICO, DO CPC. EXCLUSÃO. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO EM PARTE, E NA EXTENSÃO, PROVIDO'.

'1. O v. acórdão veio devidamente fundamentado, nele não havendo qualquer contradição, obscuridade ou omissão'.

'2. Nos contratos de participação financeira, não incide a prescrição prevista no artigo 287, inciso II, alínea g, da Lei n. 6.404/76'.

'3. O valor patrimonial da ação, nos contratos de participação financeira, deve ser o fixado no mês da integralização, *rectius*, pagamento, do preço correspondente, com base no balancete mensal aprovado'.

'4. Nos casos de parcelamento do desembolso, para fins de apuração da quantidade de ações a que tem direito o consumidor, o valor patrimonial será definido com base no balancete do mês do pagamento da primeira parcela'.

'5. Multa do artigo 538, parágrafo único, do Código de Processo Civil, afastada'.

'6. Recurso especial parcialmente conhecido e, na extensão, provido' (REsp. n. 975.834/RS, rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, DJU de 26-11-2007).

"Do corpo do paradigma apontado, extrai-se a seguinte fundamentação, que passa a fazer parte da presente decisão":

'[...] No que se refere aos artigos 3º e 4º da Lei n. 7.799/89 e artigo 170, § 1º, II, da Lei n. 6.404/76, pugna a recorrente pela correta adequação do valor patrimonial da ação, na data da integralização.'

'Esse o ponto a ser dirimido, desde que afetado o julgamento do especial à Eg. Segunda Seção.'

'Nos contratos de participação financeira, nos moldes em que formados, o consumidor, para ter acesso ao serviço público de telefonia, tinha que obrigatoriamente se tornar acionista da respectiva prestadora dos serviços.'

'O valor inicialmente investido seria convertido em ações da companhia, com subscrição em nome do contratante.'

'O ponto nodal do debate reside em saber a quantas ações cada contratante teria direito.'

'Em regra, segundo as portarias ministeriais, a prestadora teria até doze meses da data em que o valor foi pago pelo consumidor (integralização), para retribuir em ações o que fora investido.'

'A quantidade das ações seria obtida por meio da divisão entre o capital investido e o valor patrimonial de cada ação ($Q_t = C_p/V_p$).'

'Segue-se, pois, que a quantidade de ações seria inversamente proporcional ao valor patrimonial de cada ação, de sorte que, quanto maior o valor unitário, menor seria a quantidade de ações distribuídas ao então acionista.'

'O valor patrimonial da ação, por sua vez, é obtido pela divisão do patrimônio líquido da sociedade pelo número de ações, vindo definido, no final do exercício, por meio de demonstração financeira denominada balanço (art. 176, inciso I, da Lei n. 6.404/76).'

'Na prática, o consumidor efetuava o pagamento em determinado exercício financeiro e a subscrição de ações somente ocorreria ao seu cabo, conforme balanço posterior, ocasião em que o valor patrimonial de cada ação já teria sofrido majoração, disso resultando, como corolário, sensível diminuição na quantidade das ações recebidas.'

'A distorção, na verdade, pode ser melhor observada sob o foco da justiça contratual, que, com o advento do Código Civil de 2002, recebeu dentre outros mecanismos de controle efetivo, a lesão, em-

bora suscetível esta de conduzir para desfecho radical da contratação, que na espécie não se busca'.

[...]

'A lesão pressupõe a violação do equilíbrio contratual na fase genética do negócio jurídico, no que difere da excessiva onerosidade, cuja desarmonia sobrevém durante a fase de execução contratual'.

'Importa notar, nos contratos comutativos, ser imperiosa a existência de certo equilíbrio entre as prestações, e não a perfeita identidade, já que a valorização das prestações possui conteúdo objetivo-subjetivo'.

[...]

'Ora, para evitar a lesão patrimonial do consumidor, nos casos dos contratos de participação financeira, levando-se em conta, precipuamente, os princípios da vedação do enriquecimento ilícito e o do equilíbrio contratual, a Segunda Seção desta Corte, desde o julgamento do Recurso Especial n. 470.443/RS, sendo relator o Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, em 13-8-2003, firmou corretivo, neste sentido':

'O contratante tem direito a receber a quantidade de ações correspondente ao valor patrimonial na data da integralização, sob pena de sofrer severo prejuízo, não podendo ficar ao alvedrio da empresa ou de atividade normativa de natureza administrativa, o critério para tal, em detrimento do valor efetivamente integralizado'.

'Tal orientação foi seguida e pacificada, no âmbito da Terceira e da Quarta Turmas, em reiterados julgados; a título exemplificativo, mencionam-se o AgRg no Ag n. 782.314/RS, rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, Quarta Turma, DJ 23-4-2007 e o AgRg nos EDcl no Ag n. 660.525/RS, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, DJ 27-8-2007'.

'Sobreleva notar, entretanto, que o principal fundamento dos consumidores, em busca de que fosse conseguido o efetivo reequilíbrio contratual, se fincava no congelamento dos valores pagos, com posterior retribuição em ações sem qualquer forma de atualização daqueles valores, ou, pior ainda, com determinação unilateral da quantidade de ações a distribuir, em razão de seu valor patrimonial ser fixado pela própria sociedade, em assembléia geral.

'6. Todavia, o fardo negativo do tempo veio a se lançar integralmente sobre os ombros da companhia'.

'Com efeito, a solução que tem sido perflhada na instância de origem conduz à inversão do prejuízo, que passa a ser, por inteiro, da companhia; dessa forma o desequilíbrio permanece, mudando apenas de lado'.

'Na busca do justo equilíbrio, algumas soluções alternativas foram alvitradas, pelas partes, em pedidos subsidiários, ou mesmo adotadas em decisões do E. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, dentre elas destacando-se: a) a correção monetária do valor patrimonial apresentado no balanço anterior, até a data da contratação; b) a correção monetária do valor pago até a data do balanço posterior e c) o valor patrimonial apurado com base no mês da contratação, diante do correspondente balancete mensal"'.
".

'[...] No que tange à terceira solução apresentada, a do valor patrimonial apurado em informações do balancete mensal, esta parece ser a mais adequada'.

'Extrai-se, com efeito, da lição de Fábio Ulhoa Coelho':

"Podem-se considerar duas modalidades de valor patrimonial: o *contábil* e o *real*. Nas duas, o divisor é o número de ações emitidas pela companhia, variando o dividendo. O valor patrimonial contábil tem por dividendo o patrimônio líquido constante das demonstrações financeiras ordinárias ou especiais da sociedade anônima, em que os bens são apropriados por seu valor de entrada (custo de aquisição). O instrumento que, especificamente, contém a informação é o *balanço*. O valor patrimonial contábil pode ser de duas subespécies: histórico ou atual. É *histórico*, quando apurado a partir do balanço ordinário, levantado no término do exercício social; *atual* (ou a *data presente*), quando calculado com base em balanço especial, levantado durante o exercício social" (Curso de Direito Comercial. Saraiva: São Paulo-SP. vol. 2. 2006. p. 85).

'O valor patrimonial real, por outro lado, busca a reavaliação dos bens que compõem o patrimônio (não a utilização do critério do valor de entrada do bem, mas a apuração do valor real e atual de cada bem) da sociedade e a nova verificação dos lançamentos, para formulação de balanço de determinação, utilizado, por exemplo, nos casos de reembolso do dissidente'.

'Na espécie presente, não há falar em valor patrimonial real, principalmente em razão das dificuldades de ordem prática para se reavaliarem os bens da companhia, de acordo com valores da época, bem como na sua utilização em situações excepcionais, tanto que limitada ao fato que lhe deu origem'.

'Razoável, pois, a utilização do valor patrimonial mensal, apurado mediante informações já consolidadas pela própria CRT, na época, mediante utilização do critério contábil, a partir de seus balancetes mensais'.

'Será factível, dessa forma, chegar ao equilíbrio contratual, tanto a bem do consumidor, que tem direito ao valor patrimonial da data da integralização, quanto a bem da companhia, que fixou tal valor em assembléia ordinária e não promoveu sua readequação, de acordo com a evolução do patrimônio líquido da sociedade e a quantidade de ações, no decorrer do exercício financeiro, além de preservar-se o critério utilizado pelas partes, na formação do negócio jurídico, isto é, o do valor patrimonial'.

'Ademais, tal solução há de se compatibilizar com o entendimento firme desta Seção, já referido, ao proclamar que "o contratante tem direito a receber a quantidade de ações correspondente ao valor patrimonial na data da integralização" (Recurso Especial n. 470.443/RS, relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, em 13-8-2003); esse valor deve ser apurado no mês da integralização, o que não colide com a meta do precedente'.

'Por fim, preservar-se-ia também o entendimento da Seção, no sentido de inviável, nesses casos, a adoção da correção monetária como fator de atualização do valor patrimonial da ação.'

'Nem se diga que tal prática possa gerar risco efetivo de manipulação de dados ou de suspeita da maquiagem dos balancetes mensais, porque naquilo que interessa aos litígios da espécie, originários de exercícios já longínquos, nem mesmo se poderia cogitar dos efeitos reflexos, que elementos peculiares neles retratados teriam, no futuro, o condão de produzir'.

'Afora isso, não se há de perder de vista que a então Companhia Riograndense de Telecomunicações (CRT), sucedida pela recorrente, fazia parte da administração pública indireta, sujeitando-se, bem por isso, a ter seus balanços e balancetes submetidos ao controle

de órgãos fiscalizadores, dentre a CVM — Comissão de Valores Mobiliários, o TCE — Tribunal de Contas do Rio Grande do Sul, com participação do Ministério Público ali oficiante, a CAGE — Controladoria e Auditoria Geral do Estado, a auditoria externa e o seu próprio conselho fiscal'.

'10. A data da integralização, nas avenças como a dos autos, é considerada aquela relativa ao pagamento do valor contratado, no que difere da data da contratação, ou seja, do acordo de vontades com a assinatura do termo escrito, embora possam ser coincidentes; nos casos em que o valor tenha sido pago em parcelas sucessivas, perante a própria companhia telefônica, considera-se data da integralização, para o fim de apurar a quantidade de ações a que terá direito o consumidor, a data do pagamento da primeira parcela (destaque no original)'.

"Atente-se para a não-ocorrência de nulidade deste *decisum*, em que pese eventualmente determinar a complementação das ações que deveriam ter sido emitidas pela concessionária, ou mesmo o pagamento da respectiva indenização, porquanto, numa ou noutra hipótese, é certo o *an debeatur* (o que se deve), sendo que, para a apuração do *quantum debeatur* (o quanto se deve), são necessários cálculos próprios da fase de liquidação (STJ, REsp. n. 49.445/SP, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJU de 13-3-1995), sendo aplicável, aqui, o enunciado da Súmula 318 do STJ, segundo o qual "formulado pedido certo e determinado, somente o autor tem interesse recursal em arguir o vício da sentença ilíquida".

"Rejeita-se, destarte, o argumento relativo à inobservância ao contido nas Portarias n. 415/72, 1.361/76, 881/90, 86/91, 1.028/96 e 261/97, todas do Ministério da Infra-Estrutura. Improcedente, ainda, a tese da empresa recorrente, se for o caso, em relação à suposta violação ao denominado princípio do nominalismo".

"[...] Juros moratórios"

"Nas demandas de inadimplemento contratual, os juros moratórios são devidos, de fato, a contar da citação, à luz da jurisprudência dominante do STJ" (REsp. n. 729.338/RJ, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJU de 12-12-2005; e REsp. n. 959.814/RS, Hélio Quaglia Barbosa, DJ de 22-8-2007).

"[...] Dividendos"

"Nas ações em que formulado o pedido correlato, a condenação ao pagamento dos dividendos, por seu turno, também é cabível, eis que decorrente do próprio direito às ações conferidas, na linha da jurisprudência dominante no âmbito do STJ (Ag n. 895.564/RS, rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, DJU de 27-6-2007)."

"O art. 206, § 3º, III, do CC vigente, nesse contexto, não se aplica ao caso, já que a pretensão pertinente à percepção de dividendos, de caráter acessório (STJ, AgRg nos EDcl no REsp. n. 868.958/RS, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJU de 13-8-2007), surge no momento em que é reconhecido à parte autora o direito de ter complementadas suas ações, o que se dá tão-somente com o trânsito em julgado da respectiva decisão (TJRS, Ap. Cív. n. 70020526265, de Porto Alegre, rel. Des. Nelson José Gonzaga, j. em 9-8-2007; e STJ, REsp. n. 829.835/RS, rela. Min. Nancy Andrighi, DJU de 21-8-2006)."

3.1. Violação a ato jurídico perfeito

Inicialmente, tem-se que a alegação de afronta ao texto constitucional, especificamente ao art. 5º, XXXVI, que dispõe: "a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada", não deve prevalecer.

Ora, os programas PEX (Planos de Expansão) criados pelo Ministério da Infra-Estrutura, segundo a recorrente, foram criados com o intuito de viabilizar a captação de investimentos para a implantação das redes de telefonia pelo país, ante a insuficiência de recursos financeiros necessários para a ampliação das mesmas e, na regulamentação de tais planos, a partir da Portaria n. 881/90, os valores relativos às participações financeiras passaram a ser corrigidos monetariamente.

A par disso, a apelante sustenta que a aplicação retroativa do CDC (que é posterior) afronta a Constituição Federal (art. 5º, inciso XXXVI) porque: "[...] implica em retroagir lei posterior para prejudicar ato perfeito e de acordo com a legislação vigente à época em que foi realizado".

Contudo, não houve afronta à Constituição Federal, as apeladas tem direito a receber o valor correspondente à complementação das ações subscritas e integralizadas, devidamente corrigido e acrescido de juros, com base nas regras do Código Civil.

Ao refutar a tese de violação a ato jurídico perfeito, em caso análogo, decidiu esta Corte:

Ora, aceitar essa tese é acolher que o erro ocorrido no passado não pode ser corrigido. É negar uma das funções do Poder Judiciário que é a remoção de ilícitos.

A aplicação do princípio do nominalismo não encontra amparo legal, nem nos tempos atuais, tampouco à época do contrato, em atenção à vedação de enriquecimento ilícito, pois a correção monetária é inerente ao restabelecimento do poder aquisitivo da moeda (Ap. Cív. 2007.007172-5, rel. Des. Anselmo Cerello, j. em 29-3-07).

Por conseguinte, afasta-se a alegação de afronta ao art. 5º, inciso XXXVI, da CF/88.

3.2. Desnecessidade de realização de prova pericial no processo de conhecimento

A apelante sustenta ser necessária a realização de prova pericial no processo de conhecimento, para que, com base nos cálculos decorrentes do balancete do mês da data da integralização, seja apurado se o apelado tem direito à pretendida diferença de ações.

Contudo, sem razão o inconformismo.

Nesta fase processual, mostra-se desnecessária a produção da prova pericial, visto que a matéria debatida é meramente de direito.

Nesse sentido, a propósito, é uniforme a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. SUBSCRIÇÃO DE AÇÕES. BRASIL TELECOM S.A.. PERÍCIA. Desnecessária a produção de prova pericial, tendo em vista que os documentos juntados aos autos principais são suficientes para a aferição da tese veiculada pelo autor. Precedentes. AGRAVO PROVIDO DE PLANO. (Agravo de Instrumento n. 70019183433, Décima Sétima Câmara Cível, relatora: Elaine Harzheim Macedo, j. em 4-4-2007).

Até porque, haure-se dos autos documentos que demonstram suficientemente a contratação efetivada entre as partes, especificando o valor patrimonial das ações, a data da assinatura do contrato, o valor total capitalizado, a data da subscrição, o número de ações subscritas e demais características, possibilitando ao magistrado firmar seu convencimento.

Logo, cumpre ao julgador aquilatar a necessidade de produção da prova postulada pelas partes, indeferindo aquelas que se mostrarem prolatórias ou desnecessárias.

E no caso dos autos, a prova requerida se mostra despicienda ao deslinde da causa.

3.3. Cálculo pelo valor de cotação em bolsa

Em relação ao cálculo indenizatório, esta Câmara, iterativamente, tem decidido, que na inviabilidade da subscrição de novas ações, deve-se ter por parâmetro o valor correspondente à maior cotação das ações, no mercado financeiro, no período compreendido entre a data da integralização e a desta decisão, incidindo, a partir de então, correção monetária pelo INPC e juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, desde a citação.

No caso dos autos, no entanto, constata-se que o magistrado *a quo*, nos casos de impossibilidade de subscrição de ações, estabeleceu o critério de cotação em bolsa, na data em que transitar em julgado a sentença, acrescida, desde então, correção monetária pelo INPC e juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, desde a citação.

Embora este critério não seja o mais consentâneo deste Órgão Colegiado, ele deve prevalecer sob pena de incorrer *reformatio in pejus*.

Deste modo, mantém-se a decisão proferida pelo magistrado singular.

3.4. Prequestionamento

A apelante requer manifestação expressa, para fins de prequestionamento, a respeito dos dispositivos de lei mencionados nos autos.

Tal pedido afigura-se-me despiciendo, na medida em que as questões pertinentes à matéria objeto do inconformismo foram, todas elas, fundamentadamente decididas, tendo-se cumprido, destarte, em plenitude, a função jurisdicional.

Nessa esteira, colhe-se do corpo do acórdão lavrado nos Embargos Declaratórios na Apelação Cível n. 1999.021124-0, de relatoria do eminente Desembargador Sérgio Roberto Baasch Luz, o seguinte:

O juiz não está obrigado a responder todas as alegações das partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para fundar a decisão, nem se obriga a ater-se aos fundamentos indicados por elas e tampouco a responder um a um todos os seus argumentos (RJTJESP 115/207).

Como se haure dos autos, todas as questões versadas remanesceram devidamente decididas.

DECISÃO

Ante o exposto, conhece-se do recurso e dá-se-lhe parcial provimento para determinar que o valor patrimonial da ação seja calculado com lastro no balancete mensal correspondente à época da contratação.

O julgamento, realizado em 10 de fevereiro de 2009, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Lédio Rosa de Andrade, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. José Inácio Schaefer.

Florianópolis, 10 de fevereiro de 2009.

João Henrique Blasi
RELATOR

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO

MANDADO DE SEGURANÇA

Mandado de Segurança n. 2008.018676-8, da Capital

Relator: Des. Sérgio Roberto Baasch Luz

MANDADO DE SEGURANÇA — SERVIDOR PÚBLICO — VALORES PAGOS A MAIOR PELA ADMINISTRAÇÃO – ERRO IMPUTÁVEL AO PRÓPRIO ENTE PÚBLICO — BOA-FÉ DO BENEFICIÁRIO – RESTITUIÇÃO INDEVIDA – PRECEDENTES DO STJ E DESTE SODALÍCIO – ORDEM CONCEDIDA.

— "Consoante a jurisprudência pacificada desta Corte, se, com base em interpretação errônea, má aplicação da lei, ou equívoco da Administração, são pagos indevidamente determinados valores ao servidor de boa-fé, é incabível sua restituição" (STJ — ROMS n. 10.332/DF, rela. *Mina. Maria Thereza de Assis Moura*, j. em 26-6-07).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança n. 2008.018676-8, da comarca da Capital (Tribunal de Justiça), em que é impetrante Doroti Ines Ziemann Prim, e impetrado Secretário de Estado da Administração e outro:

ACORDAM, em Grupo de Câmaras de Direito Público, por votação unânime, conceder-se a ordem. Custas na forma da lei.

RELATÓRIO

Trata-se de mandado de segurança impetrado por Doroti Ines Ziemann Prim contra ato coator praticado pelo Sr. Secretário de Estado da Administração e pelo Sr. Secretário de Estado da Educação, Ciência e Tecnologia, consistente na ameaça de desconto de verba remuneratória recebida de boa-fé.

Argumenta a impetrante que é funcionária pública estadual inativa e, após constatação pela Administração de erro na forma de calcular a VPNI 83/93 a que tem direito, isto porque, ao calcular os vencimentos para a concessão de aposentadoria à impetrante, a Administração constatou que a quantia até então paga de R\$ 852,60, em verdade, encontrava-se errada, isto porque deveria ser paga no importe de R\$ 821,28.

Constatada a indevida concessão pela Administração de verba a maior, pretende agora a Administração o desconto mensal incidente na folha de vencimentos da impetrante, observado o limite de 10% de sua remuneração bruta, até a integralização do débito apurado, no importe de R\$ 5.311,43.

Esclarece que não pretende discutir o novo valor da VPNI 83/93 calculado pela Administração, mas tão somente, a pretensão de devolução das verbas indevidamente pagas à impetrante, sob o entendimento de que como houve a percepção de boa-fé das verbas e, o equívoco ocorreu por ato de exclusiva responsabilidade do agente público, em nada concorrendo a impetrante, não cabe a pretensão de restituição desta quantia pelo Estado.

Por fim, pugnou pela concessão de liminar para que as autoridades indicadas como coatoras se obstem a efetuar os descontos em folha e, ao final, provimento ao *mandamus*.

Denegada a pretendida liminar (fls. 62-63), as autoridades coatoras restaram devidamente intimadas, ocasião em que prestaram informações em que aduziram, preliminarmente, acerca da incidência de decadência. No mérito, argumentaram que inadmissível a pretensão da impetrante em não devolver as quantias indevidamente pagas pela Administração, levando-se em conta que a inexistência de impugnação dos cálculos apresentados ou a apuração do pagamento indevido. Ademais, impugnou a aplicação da Lei n. 9.784/99 e a pretensão esposada, o que ocasionaria manifesto enriquecimento sem causa por parte da impetrante.

Remetido o feito a douta Procuradoria-Geral de Justiça, esta, com parecer da lavra do Dr. Guido Feuser, manifestou-se pelo afastamento da proemial de decadência e, no mérito, pela concessão da ordem.

É o relatório.

VOTO

Pugna a ora impetrante, pela extirpação de ato coator, representado pela decisão administrativa a qual determinou a devolução de valores vencimentais indevidamente percebidos pela impetrante, sob o fundamento de que percebidos de boa-fé e por erro imputável, apenas, ao próprio ente público.

Antes da análise do mérito, todavia, necessária a abordagem da prejudicial de mérito invocada pelas autoridades coatoras, relacionada a alegação de que incidente decadência ao manejo do presente remédio constitucional, isto porque, impetrado fora do prazo de 120 dias para seu manejo.

Todavia, equivocada a pretensão ora esposada, isto porque, a lide restou manejada dentro do prazo decadencial fixado pela legislação, senão veja-se.

Efetivamente, caso haja a contagem do prazo decadencial desde a comunicação efetivada pela autoridade coatora à impetrante de que o desconto em folha de pagamento ria ser iniciado, notícia esta efetivada em 23-11-07, haveria a decadência ao manejo da presente lide, já que aforada em 9-4-08.

Por análise do ofício recebido pela impetrante datado de 23 de novembro de 2007 e acostado aos autos à fl. 15, depreende-se que a mesma restou comunicada acerca da decisão a qual apurou e determinou a devolução dos valores indevidamente pagos à impetrante e, na mesma ocasião, concedeu o prazo de 30 (trinta) dias, a contar do recebimento, para que apresentasse recurso, caso assim o desejasse, senão veja-se o conteúdo deste ofício:

"Cumprimentando-a, encaminhamos esta comunicação para que Vossa Senhoria expresse por escrito o conhecimento das providências adotadas quanto à regularização de sua vida funcional, tendo em vista que percebeu valores indevidos referentes a VNI – Lei Complementar n. 083/93, conforme planilha de desconto que segue em anexo.

Assim sendo registramos ainda, que lhe é assegurado um prazo legal de 30 (trinta) dias, a contar do recebimento desta comunicação, para apresentação de recurso quanto aos valores a serem descontados, atendendo ao Princípio do Contraditório e Ampla Defesa do Servidor, conforme disposto no *artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal de 1988*" (fl. 15).

Ora, concedido o prazo de trinta dias para recorrer, por certo que apenas quando findo este prazo iniciar-se-ia o prazo para impetração do presente *writ of mandamus*, haja vista os efeitos concretos do ato poder ser sentido, tão somente, após o transcurso do prazo concedida para apresentação de recurso da decisão.

Neste desiderato, como os efeitos concretos da decisão passaram a ser sentido, apenas, em 23-12-07, a partir desta data iniciou-se o prazo

para impetração do presente *mandamus*. Como sua impetração efetivou-se em data de 9-4-08, data esta que se encontra dentro do prazo de 120 dias legalmente estipulado, não há que se falar em incidência de decadência no presente caso.

Acerca do tema, aliás, oportuna a fundamentação esposada pelo douto Procurador-Geral de Justiça, Dr. Guido Feuser, o qual salientou em seu parecer a costado às fls. 87/88:

"Por ofício recebido em data de 23 de novembro de 2007, a impetrante foi comunicada de que, em razão de erro no cálculo da Vantagem Pessoal Nominalmente Identificável agregada aos seus proventos, houve pagamento a maior da quantia de R\$ 5.311,43. No mesmo ato foi-lhe comunicado que a Administração se ressarcirá mediante o desconto mensal nos proventos de aposentadoria que recebe. Ainda, ficou ela (impetrante) notificada de que tem o prazo de 30 dias para apresentar recurso, após o qual haverá de se iniciar a compensação. Ou seja, em tese, o desconto seria implementado a partir de 23 de dezembro de 2007. Portanto, ato de efeitos concretos somente se poderia ter a partir desta data. Sob esse prisma, e tendo em conta que o *mandamus* foi aforado em data de 09 de abril do ano em curso, é forçoso observar que não houve o transcurso de mais de 120 dias entre uma data e outra."

Afasta-se, assim, a prejudicial de decadência.

Relativamente ao mérito, há de se, efetivamente, conceder a ordem.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e deste colendo Grupo de Câmaras de Direito Público, já se manifestou quanto a possibilidade de, em hipóteses como na dos autos, vedar-se à Administração a pretensão ressarcitória, acaso a Administração seja a única responsável pelo pagamento indevido nos vencimentos do servidor e ausente má fé deste quanto a percepção desta verba estipendial.

E a hipótese dos autos, de forma clara, evidencia que não houve qualquer má-fé por parte da impetrante na percepção da VPNI 83/93,

isto porque, a percebia desde o ano de 1993, ano em que implementado este benefício e, desde o início de sua percepção restou pago com percentual equívocado, cálculo este elaborado pela administração a qual, apenas percebeu o equívoco no lançamento a maior da VPNI 83/93, em razão do cálculo dos proventos aposentatórios a serem concedidos à impetrante no ano de 2007.

Ademais, em que pese ser inadmissível dilação probatória em sede de mandado de segurança, como bem apontou o parecer exarado pelo Dr. Guido Feuser: *"é preciso destacar que, caso a Administração dispusesse de quaisquer elementos de prova que pudessem desconstituir a boa-fé (que no direito pátrio se presume), teria trazido aos autos juntamente com as informações, coisa que, como visto, não fez"* (fl. 88-89).

Acerca da impossibilidade de restituição em hipótese como a dos autos, assim já se manifestou o colendo Superior Tribunal de Justiça:

"RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO. VALORES PAGOS A MAIOR PELA ADMINISTRAÇÃO. ART. 46 DA LEI 8.112/90. BOA-FÉ DO BENEFICIADO. RESTITUIÇÃO. INVIABILIDADE.

1. Consoante recente posicionamento desta Corte Superior de Justiça, é incabível o desconto das diferenças recebidas indevidamente pelo servidor, em decorrência de errônea interpretação ou má aplicação da lei pela Administração Pública, quando constatada a boa-fé do beneficiado. Precedentes.

2. Recurso desprovido" (AgRg no AI n. 756.226/RS, rela. Mina. Laurita Vaz, j. em 29-6-2006).

"RECURSO ORDINÁRIO — MANDADO DE SEGURANÇA — SERVIDOR PÚBLICO — DESCONTO EM FOLHA DE VERBA RECEBIDA POR ERRO DA ADMINISTRAÇÃO — SERVIDOR DE BOA — FÉ — ILEGALIDADE — RECURSO PROVIDO.

1. Se a Administração, por erro, creditou em conta corrente de servidor público inativo de boa-fé valores equivocados, é ilícito o seu desconto.

2. Recurso parcialmente provido apenas no tocante à não restituição dos valores recebidos de boa-fé" (RMS 15967 / RS, Relator Min. *Paulo Medina*, j. em 14-6-05).

"RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. REPOSIÇÃO AO ERÁRIO. INCABIMENTO. BOA-FÉ DO SERVIDOR. REEXAME DE PROVA. IMPOSSIBILIDADE.

1. Revendo entendimento anterior, a Quinta Turma deste Superior Tribunal de Justiça passou a afirmar o incabimento da reposição dos valores pagos indevidamente pela Administração Pública em virtude de inadequadas interpretação e aplicação da lei, em face da presunção da boa-fé dos servidores no recebimento dos valores, a cujo posicionamento aderi.

2. As considerações relativas ao equívoco da Administração Pública e à boa-fé dos servidores impõem, para o deslinde da questão federal, o reexame do universo fático-probatório dos autos, o que é vedado pela letra do Enunciado n. 7 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça.

3. Recurso especial improvido" (REsp. n. 554.469/RS, Rel. Min. *Hamilton Carvalho*, DJ de 19.12.05).

"RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. SERVIDORES. GRATIFICAÇÃO. RECEBIMENTO INDEVIDO EFETUADO PELA ADMINISTRAÇÃO POR SUA RESPONSABILIDADE. BOA-FÉ NO RECEBIMENTO. RESTITUIÇÃO DOS VALORES. DESCONTO EM FOLHA. INVIABILIDADE.

"Ante a presunção de boa-fé no recebimento da Gratificação em referência, descabe a restituição do pagamento indevido feito pela Administração em virtude de errônea interpretação ou má aplicação da lei.

"Recurso desprovido" (REsp. n. 488.905/RS, rel. Min. *José Arnaldo da Fonseca*, j. 17-8-2004).

E, deste colendo Sodalício:

"APELAÇÃO CÍVEL – MANDADO DE SEGURANÇA – AVERBAÇÃO POR TEMPO DE SERVIÇO – ANULAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO – ADEQUAÇÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE – DESNECESSIDADE DE PROCESSO ADMINISTRATIVO – DEVER DA ADMINISTRAÇÃO DE ANULAR SEUS ATOS, QUANDO ILEGAIS – SÚMULAS 346 E 473 DO STF – RESTITUIÇÃO DOS VALORES – IMPOSSIBILIDADE – BOA-FÉ DO ADMINISTRADO – PRECEDENTES – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

A administração pública pode anular seus atos quando eivados de ilegalidade, baseada no poder-dever de autotutela.

A revisão dos atos ilegais não necessita de processo administrativo formal, uma vez que não existe litígio e, tampouco, a figura de "acusado", conforme preceitua o artigo 5º, LV, da Constituição Federal. Assim, não há falar, nesses casos, em garantia ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa.

'[...] é incabível o desconto das diferenças recebidas indevidamente pelo servidor, em decorrência de errônea interpretação ou má aplicação da lei pela Administração Pública, quando constatada a boa-fé do beneficiado' (AgRg no AI n. 756.226/RS, rela. Mina. Laurita Vaz)" (Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2005.038371-0, da Capital, Relator: Des. *Rui Fortes*, Terceira Câmara de Direito Público, j. em 5-8-08) (grifou-se).

"APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA. RECONVENÇÃO. SERVIDOR PÚBLICO. GRATIFICAÇÃO PELO EXERCÍCIO DE CARGO COMISSIONADO. PERCEBIMENTO DE VALORES APÓS A EXONERAÇÃO. BOA-FÉ DO SERVIDOR. RESTITUIÇÃO DE VALORES. INVIABILIDADE. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

'Consoante a jurisprudência pacificada desta Corte, se, com base em interpretação errônea, má aplicação da lei, ou equívoco da Administração, são pagos indevidamente determinados valores ao servidor de boa-fé, é incabível sua restituição.' (Recurso ordinário em mandado de segurança n. 10332, do Distrito Federal, Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, relatora a Ministra Maria Thereza de Assis Moura, j. em 26-6-2007)" (Apelação cível n. 2007.037509-4, da Capital, relator: juiz *Jânio Machado*, j. em 13-5-08).

E, deste Grupo de Câmaras de Direito Público, igualmente, já se assentou o seguinte precedente:

"A aplicação do princípio da boa-fé para justificar a não repetição do indébito só tem lugar quando o pagamento indevido foi resultado da interpretação equivocada da Lei pela Administração, e não nos casos em que derivou de decisão judicial de caráter liminar que compeliu o Estado a efetuar o pagamento, sob pena de desobediência, ou quando resultante de equívoco material expresse" (Mandado de Segurança n. 2007.038161-9, da Capital, relator: Des. *Luiz César Medeiros*, j. em 19-11-07).

Inexistindo comprovada má-fé pela impetrante e demonstrado que o pagamento indevido teve como único responsável a própria administração, em nada contribuindo a servidora para o equívoco perpetrado, afigurando-se indevida a restituição da verba por longa data recebida e ilegal o desconto em folha das prestações a que a administração pretende ver ressarcida.

DECISÃO

Ante o exposto, por votação unânime, concede-se a ordem.

Sem custas, sendo indevida a condenação em verba honorária, nos termos das súmulas 512 do STF e 105 do STJ.

O julgamento, realizado em 11 de fevereiro de 2009, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Pedro Manoel Abreu, com voto, e dele participou os Exmos. Srs. Des. Claudio Barreto Dutra, Newton Trisotto, Vanderlei Romer, Rui Fortes, Cesar Abreu, Cid Goulart e Newton Janke. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Guido Feuser.

Florianópolis, 12 de fevereiro de 2009.

Sérgio Roberto Baasch Luz
RELATOR

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

APELAÇÕES CÍVEIS

Apelação Cível n. 2008.044694-9, de Itá

Relator: Des. Vanderlei Romer

PROCESSUAL CIVIL. JULGAMENTO *ULTRA PETITA*. OCORRÊNCIA. EXCESSO QUE SE IMPÕE SUPRIMIDO.

Extrapolou os limites legais a tutela jurisdicional que determina ao réu a implantação de novo projeto de esgoto e saneamento básico, se requerimento nesse sentido não integrou o pedido inaugural.

O vício *ultra petita*, todavia, não leva à nulidade do julgamento, mas impõe que se decote o excesso, com a adequação da decisão ao que foi efetivamente requerido pela parte.

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. OBRAS DE SANEAMENTO BÁSICO E ESGOTO. RESPONSABILIDADE DO MUNICÍPIO DE ITÁ E DA CASAN. SITUAÇÃO DEFICITÁRIA DEVIDAMENTE COMPROVADA E QUE PROPICIA INCLUSIVE A OCORRÊNCIA DE DANOS AMBIENTAIS.

A celebração de convênio entre o município de Itá e a Companhia Catarinenses de Água e Saneamento – Casan, pelo qual foi outorgada a esta última a concessão para exploração, ampliação e implantação dos serviços públicos de abastecimento e coleta e disposição de esgotos sanitários, implica em sua legitimidade para residir no pólo passivo da ação na qual se busca a regulari-

zação do sistema de esgoto e abastecimento. Pouco importa se o Convênio veio a vencer no decorrer do feito; no momento de sua propositura, ele estava em plena vigência, ao que se soma a circunstância de, num segundo Convênio, ter-se comprometido a executar por sua conta a operação e a manutenção do novo sistema, com cláusula expressa de que tal ato normativo vigoraria enquanto subsistissem as obrigações das partes.

Demonstrada à saciedade a situação calamitosa do sistema de esgoto e saneamento básico municipal, com a notícia de contaminação nos corpos d'água, e, por conseguinte, da degradação dos recursos hídricos, é de rigor o reconhecimento da responsabilidade da concessionária e do Município pela tomada das providências necessárias à regularização, sob risco de agravamento dos danos ao meio ambiente e à saúde dos munícipes.

A omissão do Poder Executivo, nesse contexto, legitima a interferência do Poder Judiciário para dispor sobre a prioridade da realização de obra pública voltada para a reparação do meio ambiente.

"No passado, estava o Judiciário atrelado ao princípio da legalidade, expressão maior do Estado de direito, entendendo-se como tal a submissão de todos os poderes à lei.

"A visão exacerbada e literal do princípio transformou o Legislativo em um super poder, com supremacia absoluta, fazendo-o bom parceiro do Executivo, que dele merecia conteúdo normativo abrangente e vazio de comando, deixando-se por conta da Administração o *facere* ou *non facere*, ao que se chamou de mérito administrativo, longe do alcance do Judiciário.

"A partir da última década do Século XX, o Brasil, com grande atraso, promoveu a sua revisão crítica do Direito, que consistiu

em retirar do Legislador a supremacia de super poder, ao dar nova interpretação ao princípio da legalidade.

"Em verdade, é inconcebível que se submeta a Administração, de forma absoluta e total, à lei. Muitas vezes, o vínculo de legalidade significa só a atribuição de competência, deixando zonas de ampla liberdade ao administrador, com o cuidado de não fomentar o arbítrio. Para tanto, deu-se ao Poder Judiciário maior atribuição para imiscuir-se no âmago do ato administrativo, a fim de, mesmo nesse íntimo campo, exercer o juízo de legalidade, coibindo abusos ou vulneração aos princípios constitucionais, na dimensão globalizada do orçamento.

"A tendência, portanto, é a de manter fiscalizado o espaço livre de entendimento da Administração, espaço este gerado pela discricionariedade, chamado de 'Cavalo de Tróia' pelo alemão Huber, transcrito em 'Direito Administrativo em Evolução', de Odete Medauar.

"Dentro desse novo paradigma, não se pode simplesmente dizer que, em matéria de conveniência e oportunidade, não pode o Judiciário examiná-las. Aos poucos, o caráter de liberdade total do administrador vai se apagando da cultura brasileira e, no lugar, coloca-se na análise da motivação do ato administrativo a área de controle. E, diga-se, porque pertinente, não apenas o controle em sua acepção mais ampla, mas também o político e a opinião pública" (STJ, rela. Mina. Eliana Calmon).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2008.044694-9, da comarca de Itá (Vara Única), em que é apelante Companhia Catarinense de Águas e Saneamento Casan, e apelado o representante do Ministério Público:

ACORDAM, em Primeira Câmara de Direito Público, por votação unânime, prover parcialmente o recurso e a remessa. Custas legais. Vencido em parte o Exmo. Sr. Des. Newton Trisotto, que acolhia a tese da ilegitimidade passiva da Casan.

RELATÓRIO

Trata-se de ação civil pública, com pedido de antecipação de tutela, ajuizada pelo representante do Ministério Público do Estado de Santa Catarina contra o município de Itá e contra a Companhia Catarinense de Águas e Saneamento – Casan.

Expôs o autor que, conforme constatado no Procedimento Administrativo Preliminar n. 3/2005, o sistema de esgoto e saneamento do município de Itá encontra-se em precário estado de conservação, e que em alguns pontos o esgoto está até mesmo vertendo a céu aberto.

Não bastasse isso, gizou que os requeridos, cuja desídia afirmou ser patente, construíram no Bairro Mirante, em parceria, um agrupamento de encanamentos para despejo de dejetos, que desembocam praticamente *in natura* no leito do curso hídrico conhecido por Lajeado Jaraguá, o que causa poluição hídrica e degradação ambiental naquele local, que é área de preservação permanente.

O *Parquet* destacou que as tentativas de compelir os requeridos a realizarem as obras necessárias à solução de tão grave situação foram infrutíferas, de modo que não lhe restou outra opção senão deflagrar a presente *actio*, a fim de compelir os requeridos a cumprir as determinações legais, atinentes à preservação do meio ambiente e conseqüente controle do esgoto e saneamento básico municipal.

Forte nesses argumentos e em outros que entendeu pertinentes, requereu o postulante a concessão da tutela antecipada para:

- a) compelir o município de Itá e a Companhia Catarinense de Águas e Saneamento à imediata regularização do sistema de esgoto e saneamento da cidade;
- b) determinar o imediato laque dos pontos de esgoto localizados nas Bacias A, C, C1, C2, D, D1, e, F1, F-H, I, K e Ruas 48 e 52;

Ao final, pediu a procedência do pedido inaugural.

Antecipação de tutela deferida às fls. 171-172; petição de agravo de instrumento interposto pelo município de Itá contra o respectivo interlocutório às fls. 183-195, e decisão que lhe conferiu efeito suspensivo em parte às fls. 206-210 (AI n. 2005.033095-3, rel. Des. Subs. Victor Ferreira.

Em contestação, a Casan assinalou que toda a construção e edificação do sistema de esgoto sanitário coube à Eletrosul, que posteriormente lhe foi repassado, momento em que constatou que os sistemas individuais de esgoto que guarneciam as casas não eram eficientes, fato que deu azo à atual situação. Ressaltou que está plenamente ciente dos problemas existentes, tanto que nunca cobrou ou faturou os serviços de esgoto sanitários.

No mais, disse que: a) é indispensável a realização de uma perícia no Lajeado Jaraguá a fim de se verificar se o "transbordamento" é efetivamente ruinoso ao meio ambiente; não é empresa poluidora nos termos do artigo 3º da Lei n. 6.938/81, pois a sua atividade não é causadora de degradação ambiental, mas, sim, promotora do saneamento básico, que potencializa justamente a melhoria das qualidades ambientais, com a retirada do meio, dos materiais ditos inadequados às condições ambientais.

A defesa do município de Itá trouxe, inicialmente, preliminar de ilegitimidade passiva, ao argumento de que a responsabilidade pelo sistema de abastecimento de água e coleta de disposição de esgotos sanitários é da concessionária, ou seja, da Casan. No mérito, praticamente repetiu o argumento suso, uma vez que destaca a competência da prefalada Casan

para a fiscalização e administração do sistema em tela, por força do Convênio CBU-007.

Reconheceu, doutra banda, que a situação atual do sistema de esgoto municipal não é dos mais desejáveis, mas que, ao contrário do alegado na petição inicial, não está inerte, tendo reclamado as providências necessárias.

Destacou, ainda, a existência de um projeto de adequação do sistema.

Houve réplica.

Após, o Ministério Público requereu a suspensão do feito pelo prazo de 15 (quinze) dias, diante da possibilidade de transação (fl. 311).

Cópia do acórdão do Agravo de Instrumento n. 2005.0330953, provido parcialmente, às fls. 313-322.

Requerimento do Ministério Público pela realização de vistoria pela polícia ambiental à fl. 328, pedido este do qual desistiu posteriormente, ao entendimento de que o quadro inicial que deu azo a tal requerimento modificou-se significativamente diante da tomada de uma série de medidas de caráter emergencial (fl. 351).

Não obstante, a prova pericial acabou por ser produzida, com a juntada do respectivo laudo às fls. 452-270.

Foram juntados novos documentos.

Apresentadas as alegações finais, o MM. Juiz sentenciou nos termos que seguem:

Ante o exposto, forte nas disposições do artigo 269, I, do Código de Processo Civil, JULGO PROCEDENTE, em parte (já que algumas bacias não necessitam reparos), o pedido formulado pelo MINISTÉRIO PÚBLICO em desfavor do MUNICÍPIO DE ITÁ e da CASAN, para confirmar a liminar concedida às fls. 171-177 e

condená-los a regularizar, incontinenti o sistema de esgoto sanitário existente nessa cidade, realizando melhorias nas micro-bacias K, F, F1 e A (mirante), bem como melhoramentos e a manutenção nas micro-bacias C1, I, A (Rua 64), C2 e B, devendo ser respeitada nas onze bacias que compreendem o sistema de tratamento de esgoto os índices estabelecidos na Resolução n. 274 e o artigo 29 da Resolução 357, ambas do CONAMA, visando evitar nova ocorrência de poluição, bem como implemente o novo projeto de tratamento sanitário, conforme noticiado às fl. 293-296, no prazo máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias contados da intimação do presente decísum, sob pena de crime de desobediência e multa diária de 5.000 (cinco mil) UFIR, ressaltando que tal prazo deverá ser cumprido independentemente de interposição de recurso, já que, nos casos tais, a regra indica o recebimento de eventual recurso apenas no efeito devolutivo (artigo 14 da Lei n. 7.347/85). Deixo de condenar os réus ao pagamento das custas processuais, uma vez que são isentos de tal despesa, conforme prescreve o artigo 35, i, da Lei Complementar n. 156/97 (alterada pela Lei Complementar n. 161/97). Escoado o prazo para a interposição de recurso, independentemente de apresentação de apelação, remeta-se os autos ao egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina para o reexame necessário, na forma do artigo 475, I, do Códex Instrumental. Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Foram opostos embargos de declaração pela Casan, e estes foram rejeitados.

Na seqüência, a concessionária apelou.

Requeru, primeiramente, o recebimento do recurso também no efeito suspensivo. Logo após, afirmou que não detém legitimidade para residir no pólo passivo da lide, uma vez que o convênio que firmou com o município de Itá, cujo objeto era a prestação de serviços dita deficitária, venceu-se em 18 de abril de 2007. A partir de então, portanto, está desautorizada a assumir qualquer compromisso junto ao saneamento da Municipalidade.

No mérito, referiu-se novamente ao Convênio em questão, e afirmou que dele constou expressamente que não poderia assumir obrigações que importassem num total desequilíbrio econômico-financeiro da relação contratual, sob pena de depredar o próprio capital público que lhe integra societariamente e ofender a Lei de Responsabilidade Fiscal. Disse, ainda, que está obrigada a respeitar o seu orçamento, e que deve distribuir a sua arrecadação entre os municípios menores e deficitários. Destacou que o multicitado convênio, inclusive, estabelece que a ampliação ou implantação dos serviços concedidos está condicionada à existência de viabilidade técnica e financeira, e que a interferência do Poder Judiciário, nos termos do veredicto guerreado, é drástica e desmedida.

Doutra banda, argumentou que persiste a obrigação do Município pelo saneamento, especialmente naquilo que foge ao disposto contratualmente. Consignou que, atualmente, atua em Itá sem instrumento legal, e que só o faz em virtude de sua missão institucional.

Trouxe a lume, ainda, outros argumentos, a saber: a) impossibilidade da emissão de uma ordem judicial tendente a obrigar o Poder Público a oferecer a prestação de um serviço público para além das suas capacidades materiais; b) o laudo pericial evidencia que as melhorias realizadas no sistema são suficientes e eficazes para a solução dos problemas existentes; c) o julgamento foi *ultra petita*, porquanto o pedido inaugural não contemplou a realização e a implantação de um novo sistema de esgoto sanitário; c) a liminar concedida foi devidamente cumprida, pelo que se impõe a sua revogação, notadamente com relação à multa.

Recebido o reclamo tão-somente no efeito devolutivo, a Casan agravou de instrumento (fl. 710).

Com as contra-razões, alçaram os autos.

Nesta instância, a douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo desprovimento.

VOTO

Ab initio, vale o registro de que ao agravo de instrumento interposto contra o interlocutório que recebeu a apelação apenas no efeito devolutivo foi concedido efeito suspensivo em parte, "mas tão-só quanto àquela parte da sentença que determinou a implantação de um novo projeto de tratamento sanitário" (AI n. 2008.035174-3, rel. Des. Subs. Domingos Paludo).

A motivação do *decisum* é bastante pertinente e demonstra, por si só, que a alegação de que o julgamento foi *ultra petita* procede.

O pedido foi formulado na inicial da ação originária nos seguintes termos: "procedência do pedido, com confirmação da medida liminar deferida, para o fim de condenar-se as réis em obrigação de fazer, consistente na regularização do sistema de esgoto e saneamento da Cidade de Itá".

A antecipação de tutela era para que os réus fossem compelidos "a regularizar o sistema de esgoto e saneamento da cidade, lacrando os pontos de esgoto localizados nas Bacias, A, C, C1, C2, D, D1, E, F1, F-H, I, K, localizados nas Ruas 48 e 52, até a efetiva regularização".

O dispositivo da sentença consignou o seguinte: "JULGO PROCEDENTE, em parte (já que algumas bacias não necessitam reparos), o pedido formulado pelo MINISTÉRIO PÚBLICO em desfavor do MUNICÍPIO DE ITÁ e da CASAN, para confirmar a liminar concedida às fls. 171-177 e condená-los a regularizar, incontinenti o sistema de esgoto sanitário existente nessa cidade, realizando melhorias nas micro-bacias K, F, F1 e A (mirante), bem como melhoramentos e a manutenção nas micro-bacias C1, I, A (Rua 64), C2 e B, devendo ser respeitada nas onze bacias que compreendem o sistema de tratamento de esgoto os índices estabelecidos na Resolução n. 274 e o artigo 29 da Resolução 357, ambas do CONAMA, visando evitar nova ocorrência de poluição, bem como implemente o novo projeto de tratamento sanitário, conforme noticiado às fl. 293-296, no prazo máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias contados da intimação do presente *decisum*, sob pena de crime de desobediência e multa diária de 5.000 (cinco mil) UFIR,

ressaltando que tal prazo deverá ser cumprido independentemente de interposição de recurso, já que, nos casos tais, a regra indica o recebimento de eventual recurso apenas no efeito devolutivo (artigo 14 da Lei n. 7.347/85)".

Aparentemente os pedidos da inicial não contemplavam a implementação de um novo projeto de tratamento sanitário, o que justifica a suspensão da decisão nesta parte, conquanto referido projeto viesse a calhar para a resolução das deficiências verificadas no atual sistema de tratamento de esgoto de Itá, verifico que, além do óbice processual, a instalação de referido projeto depende de outras questões, conforme noticiado a fls. 317-20.

[...]

Embora o conteúdo da decisão ora combatida tenha se pautado na nobre proteção dos interesses coletivos e difusos, a não abrangência pelos pedidos iniciais da implantação de um novo projeto de sistema de tratamento de esgoto, confere possibilidade de dano irreparável à agravante, caso tal parte do dispositivo da sentença não receba efeito suspensivo.

Vale dizer, conquanto cedo, que o vício em tela, a exemplo do *extra petita*, não enseja a nulidade do *decisum*, aliás, a parte nem sequer o requer. O que pede, acertadamente, é a exclusão do excesso que ficou realmente caracterizado *in casu*.

Sobre a matéria, leciona Moacyr Amaral Santos:

Para ser precisa, deve a sentença conter-se nos limites do pedido. O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte (art. 128). É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que foi demandado (art. 460). Precisa, e como tal, limitada à decisão do pedido do autor. Afastando-se dessa norma, decidindo ultra ou extra petita, estará contaminada de vício, que afeta a sua eficácia. Não poderá a sentença ir além do pedido (ultra petita), salvo o que nele virtualmente se contém, tais os frutos e as acessões do principal, nem fora do pedido (extra petita), isto é, decidir sobre coisa não

pedida. Em ambos os casos, verificado o vício, será ineficaz e nula, ocorrendo, porém, que no primeiro caso a nulidade poderá deixar de ser declarada quando a sentença possa ser reduzida na Instância Superior, sempre que a coisa ou valor sobre que recair a redução estiver expressamente mencionado na sentença (Gabriel de Rezende Filho) (Comentários do Código de Processo Civil. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 438).

Por isso apenas se impõe afastar da condenação a implantação do novo projeto de sistema de tratamento do esgoto, ainda que, conforme sabiamente registrado no pronunciamento judicial transcrito, se cuidasse de medida altamente salutar.

De todo inconvincente, em contrapartida, a preliminar de ilegitimidade passiva suscitada pela apelante.

Ela foi trazida apenas em grau recursal, certamente pelo fato de o Convênio n. 132/77, firmado com o Município, ter vencido durante o trâmite processual, ou seja, em abril de 2007. Aliás, ele já havia expirado antes mesmo da prolação do veredicto (11 de abril de 2008)

Com a devida vênia, é manobra jurídica que denota uma nítida má-fé. A verdade é que, no momento do ajuizamento, o Convênio encontrava-se em pleno vigor, aliás há muito tinha sido celebrado (1977) e como registrado na decisão que rejeitou os embargos de declaração:

[...] após anos sem solucionar o problema de saneamento existente no município, não pode a Casan se beneficiar de sua inércia para alegar que agora não possui qualquer obrigação diante do término do contrato de concessão.

Assim, existindo um problema grave de saneamento no Município, a incúria da embargante em solucionar o problema do esgoto não afasta sua legitimidade de atuar no pólo passivo, já que durante a validade do contrato de concessão deveria ter implementado novo sistema de esgoto no município [...].

Ademais, o serviço de fornecimento de água e o tratamento de esgoto do município de Itá não foi municipalizado, não havendo qualquer

notícia nos autos de que tenha havido modificação da situação fática, sendo mais uma tentativa de burlar a obrigação legal existente e já reconhecida na sentença proferida, do contrário, qualquer valor repassado pelo município à concessionária deverá ser revisto com devolução aos cofres municipais (fl. 656).

Ao exposto, cumpre acrescer que a Casan celebrou um segundo Convênio com a Eletrosul, pelo qual se obrigou a executar por sua conta a operação e manutenção do novo sistema de esgotos sanitários, de acordo com o Convênio alhures mencionado (cláusula terceira, e) (fl. 274).

Nos termos da cláusula segunda, o ato em questão perduraria enquanto subsistissem as obrigações das partes. A inexecução dos seus termos, que, na hipótese, é flagrante, evidencia que não houve, ainda, o cumprimento a contento das obrigações.

No mérito, é fora de dúvida que a situação do sistema de esgoto e saneamento básico do município de Itá é calamitosa, conforme se depreende da farta documentação trazida aos autos, consubstanciada em Ofícios encaminhados pelo próprio Prefeito Municipal à Casan, dentre os quais se destaca o de n. 415/02, de 23 de agosto de 2002, no qual se aponta a presença de "sérios problemas com vazamentos dos filtros, falta de manutenção e insuportável mal cheiro" (fl. 42); assim como em Laudo de Constatação de Dano Ambiental n. 5/2005, que registra a contaminação nos corpos d'água e "a ineficiência do sistema de esgoto sanitário, causando assim degradação dos recursos hídricos" (fl. 52).

Tem-se, ainda, a prova oral, igualmente contundente no sentido de que há uma deficiência gritante na prestação do serviço.

Aliás, tanto o Município como a Casan o reconhecem, tanto que, conforme noticiado no curso da lide, tomaram algumas providências a fim de sanarem os problemas.

Não obstante, nos termos do laudo pericial produzido em Juízo, tais medidas, conquanto tenham minimizado "os problemas que estavam acontecendo no sistema de tratamento de esgotos do município de Itá/SC" (fl. 4.550, do ponto de vista ambiental, são insuficientes, insatisfatórios, "devido à falta de manutenção e de monitoramento" (fl. 455). Alertou o subscritor da peça técnica que, em contato com técnicos da prefeitura e da concessionária, "constatou-se que procedimentos de manutenção passaram a acontecer com frequência regular, o que de certa forma amenizará o problema" (fl. 455).

A Casan, no reclamo, insiste com veemência no argumento de que não tem condições financeiras de atender às determinações do *decisum*, bem entendido que aqui se está a analisar apenas aquelas que integraram a pretensão inaugural, e não a que extrapolou o petitório, como já assinalado, e que é submisso ao seu orçamento, sob pena de ser alcançado pela Lei de Responsabilidade Fiscal.

Não se trata de um argumento absurdo, convém dizer.

Há até mesmo precedente – Agravo de Instrumento n. 2005.025461-5, de Videira, relator o saudoso Desembargador Nicanor da Silveira – que, em feito similar, manteve a decisão que negou a tutela antecipada, ao fundamento de que não há impor ao Poder Público o saneamento de ligações irregulares, a fim de evitar o lançamento em detritos em cursos d'água, sob pena de ofensa ao princípio da separação dos poderes. Há expressa referência à necessidade de prévio planejamento orçamentário.

Entretanto, o contexto delineado na hipótese obsta a aplicação de tal entendimento. Aliás, não se cuida de uma diretriz absoluta, tanto que a própria ementa do julgado ressalta que "a jurisprudência tem sido parcimoniosa na condenação em obrigação de realizar obra de infra-estrutura", o que significa dizer que há situações em que é possível tal imposição.

Em caso análogo ao presente, no qual igualmente constatada a indispensabilidade da realização de obras para se evitar maiores danos ao meio ambiente, assim decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

Na atualidade, a Administração Pública está submetida ao império da lei, inclusive quanto à conveniência e oportunidade do ato administrativo.

Comprovado tecnicamente ser imprescindível, para o meio ambiente, a realização de obras de recuperação do solo, tem o Ministério Público legitimidade para exigí-la.

O Poder Judiciário não mais se limita a examinar os aspectos extrínsecos da administração, pois pode analisar, ainda, as razões de conveniência e oportunidade, uma vez que essas razões devem observar critérios de moralidade e razoabilidade.

Outorga de tutela específica para que a Administração destine do orçamento verba própria para cumpri-la (REsp. n. 429570/GO, rela. Mina. Eliana Calmon).

Por oportuno, reproduzo o voto-condutor do aresto, mudando o que deve ser mudado:

A pergunta que se faz é a seguinte: pode o Judiciário, diante de omissão do Poder Executivo, interferir nos critérios da conveniência e oportunidade da Administração para dispor sobre a prioridade da realização de obra pública voltada para a reparação do meio ambiente, no assim chamado mérito administrativo, impondo-lhe a imediata obrigação de fazer? Em caso negativo, estaria deixando de dar cumprimento à determinação imposta pelo art. 3º, da lei de ação civil pública?

O acórdão recorrido adotou entendimento de que não poderia fazê-lo por se tratar de ato administrativo discricionário, sobre o qual não cabe a ingerência do Judiciário.

Não obstante, entendo que a ótica sob a qual se deve analisar a questão não é puramente a da natureza do ato administrativo, mas a da responsabilidade civil do Estado, por ato ou omissão, dos quais decorram danos ao meio ambiente.

Estando, pois, provado que a erosão causa dano ao meio ambiente e põe em risco a população, exige-se do Poder Público uma posição no sentido de fazer cessar as causas do dano e também de recuperar o que já foi deteriorado.

O primeiro aspecto a considerar diz respeito à atuação do Poder Judiciário, em relação à Administração.

No passado, estava o Judiciário atrelado ao princípio da legalidade, expressão maior do Estado de direito, entendendo-se como tal a submissão de todos os poderes à lei.

A visão exacerbada e literal do princípio transformou o Legislativo em um super poder, com supremacia absoluta, fazendo-o bom parceiro do Executivo, que dele merecia conteúdo normativo abrangente e vazio de comando, deixando-se por conta da Administração o *facere* ou *non facere*, ao que se chamou de mérito administrativo, longe do alcance do Judiciário.

A partir da última década do Século XX, o Brasil, com grande atraso, promoveu a sua revisão crítica do Direito, que consistiu em retirar do Legislador a supremacia de super poder, ao dar nova interpretação ao princípio da legalidade.

Em verdade, é inconcebível que se submeta a Administração, de forma absoluta e total, à lei. Muitas vezes, o vínculo de legalidade significa só a atribuição de competência, deixando zonas de ampla liberdade ao administrador, com o cuidado de não fomentar o arbítrio. Para tanto, deu-se ao Poder Judiciário maior atribuição para imiscuir-se no âmago do ato administrativo, a fim de, mesmo nesse íntimo campo, exercer o juízo de legalidade, coibindo abusos ou vulneração aos princípios constitucionais, na dimensão globalizada do orçamento.

A tendência, portanto, é a de manter fiscalizado o espaço livre de entendimento da Administração, espaço este gerado pela discricionariedade, chamado de "Cavalo de Tróia" pelo alemão Huber, transcrito em "Direito Administrativo em Evolução", de Odete Medauar.

Dentro desse novo paradigma, não se pode simplesmente dizer que, em matéria de conveniência e oportunidade, não pode o Judiciário examiná-las. Aos poucos, o caráter de liberdade total do adminis-

trador vai se apagando da cultura brasileira e, no lugar, coloca-se na análise da motivação do ato administrativo a área de controle. E, diga-se, porque pertinente, não apenas o controle em sua acepção mais ampla, mas também o político e a opinião pública.

Na espécie em julgamento, tem-se, comprovado, um dano objetivo causado ao meio ambiente, cabendo ao Poder Público, dentro da sua esfera de competência e atribuição, providenciar a correção. Ao assumir o encargo de gerir o patrimônio público, também assumiu o dever de providenciar a recomposição do meio ambiente, cuja degradação, provocada pela erosão e o descaso, haja vista a utilização das crateras como depósito de lixo, está provocando riscos de desabamento e assoreamento de córregos, prejudicando as áreas de mananciais.

Com essas considerações, dou provimento ao recurso especial para ordenar que a Administração providencie imediatamente as obras necessárias à recomposição do meio ambiente

Em igual norte: REsp. n. 397840/SP, rel. Min. Francisco Falcão.

Nesse contexto, só se pode concluir pelo acerto do pronunciamento judicial guerreado, da boa lavra do Dr. Gustavo Emelau Marchiori, exceção feita à parte em que determina a elaboração de um novo projeto de saneamento básico e esgoto. A sua fundamentação deixa absolutamente clara a responsabilidade tanto da Casan quanto do município de Itá:

1. Da preliminar de ilegitimidade do Município de Itá.

Não merece guarida a alegação de ilegitimidade passiva ad causam do ente municipal.

A Constituição Federal atribui aos entes federativos (União, Estados e Municípios), quando estatuiu em seu artigo 23, incisos VI, VII e IX, o dever comum de: a) "proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas"; b) "preservar as florestas, a fauna e a flora" e c) "promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico". Fixando, ainda, a competência ao ente municipal sobre o estabelecimento de diretrizes políticas para desenvolvimento urbano, visando o desenvolvimento das funções sociais da cidade, bem como garantir o bem-estar de seus habitantes (artigo 182 da CF).

Do mesmo modo que a Magna Carta, o artigo 9º da Constituição Estadual fixou a competência concorrente do Estado com a União e os Municípios estabelecendo as seguintes:

"[...]

"VI – proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas;

"VII – preservar as Florestas, fauna e a flora;

"VIII — (*omissis*).

"IX – promover a programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico;

"[...]."

A Constituição Estadual, assim como a Federal, dita que ao município caberá "legislar sobre assuntos de interesse local" e "organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local" (artigo 112, I e V).

O Município de Itá sabendo de sua responsabilidade sobre a implementação do sistema de saneamento básico e esgoto, diretrizes fixadas tanto pela Constituição Federal quanto pela Estadual, promulgou a Lei n. 349, de 22/3/1976, outorgando a concessão do serviço público de abastecimento de água e esgoto, conforme dispõe o seu artigo 1º, *in verbis*:

"Fixa outorgada à COMPANHIA DE ÁGUAS E SANEAMENTO – CASAN —, sociedade de economia mista, a concessão para a implantação, exploração, ampliação e melhoramento dos serviços públicos de abastecimento de água e ou coleta de esgoto sanitário, pelo prazo de 30 (trinta) anos" (fl. 71).

No ano de 1977, foi firmado o convênio n. 132 entre os réus efetivando a outorga da concessão do serviço público de abastecimento de água e coleta de esgoto sanitário (fls. 66-70), sendo prorrogado por mais 15 anos, conforme estabelecido pela Lei Municipal n. 1.762, de 27-7-2005.

Portanto, havendo a concessão de serviço público, caberia ao Município de Itá a efetiva fiscalização sobre a operabilidade do sistema de esgoto implementado na cidade e a qualidade dos serviços prestados

pela concessionária, possuindo legitimidade para vigorar no pólo passivo da presente demanda, detendo, inclusive, responsabilidade solidária com a Casan em caso de dano ambiental ou perigo a saúde dos munícipes.

A propósito, em caso semelhante ao presente, decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

"DIREITO ADMINISTRATIVO E AMBIENTAL. ARTIGOS 23, INCISO VI E 225, AMBOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO MUNICÍPIO. SOLIDARIEDADE DO PODER CONCEDENTE. DANO DECORRENTE DA EXECUÇÃO DO OBJETO DO CONTRATO DE CONCESSÃO FIRMADO ENTRE A RECORRENTE E A COMPANHIA DE SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DE SÃO PAULO – SABESP (DELEGATÁRIA DO SERVIÇO MUNICIPAL). AÇÃO CIVIL PÚBLICA.

DANO AMBIENTAL. IMPOSSIBILIDADE DE EXCLUSÃO DE RESPONSABILIDADE DO MUNICÍPIO POR ATO DE CONCESSIONÁRIO DO QUAL É FIADOR DA REGULARIDADE DO SERVIÇO CONCEDIDO. OMISSÃO NO DEVER DE FISCALIZAÇÃO DA BOA EXECUÇÃO DO CONTRATO PERANTE O PÓVO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO PARA RECONHECER A LEGITIMIDADE PASSIVA DO MUNICÍPIO.

I — O Município de Itapetininga é responsável, solidariamente, com o concessionário de serviço público municipal, com quem firmou "convênio" para realização do serviço de coleta de esgoto urbano, pela poluição causada no Ribeirão Carrito, ou Ribeirão Taboãozinho.

II — Nas ações coletivas de proteção a direitos metaindividuais, como o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, a responsabilidade do poder concedente não é subsidiária, na forma da novel lei das concessões (Lei n. 8.987 de 13-2-95), mas objetiva e, portanto, solidária com o concessionário de serviço público, contra quem possui direito de regresso, com espeque no art. 14, § 1º da Lei n. 6.938/81. Não se discute, portanto, a liceidade das atividades exercidas pelo concessionário, ou a legalidade do contrato

administrativo que concedeu a exploração de serviço público; o que importa é a potencialidade do dano ambiental e sua pronta reparação" (REsp. n. 28.222/SP, rela. Mina. Nancy Andrighi, DJ de 15-10-2001, p. 253) .

Assim, afasto a preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam* levantada pelo Município de Itá.

[...]

3. Do mérito.

Infere-se do conjunto probatório que o sistema de esgoto implantado no município de Itá, quando da construção da cidade atual, conhecida como cidade nova (alagamento da antiga pela construção da barragem) consistia no tratamento primário do esgoto por meio de caixas de gordura e fossas nas residências, sendo então o dejetos canalizado para um tratamento secundário, composto por filtros anaeróbicos destinados ao tratamento do esgoto, sendo que tal sistema é formado por onze bacias de contribuição sanitária (A, C, C1, C2, D, D1, E, F1, F-H, I, K).

Ocorre que, com o passar do tempo, e sem que o poder executivo municipal exigisse efetivamente que as residências tivessem em seus projetos (para fins de aprovação) fossas para o tratamento primário, gerou-se o problema, pois a inexistência desse primeiro processo para o tratamento do esgoto e a conseqüente canalização das substâncias diretamente nos filtros anaeróbicos, tornaram ineficazes estes últimos, devido a gordura e materiais sólidos que se fixavam ao sistema de filtragem, resultando na ineficiência do tratamento secundário, e conseqüentemente, no despejo do esgoto a céu aberto chegando em muitas vezes aos cursos hídricos.

Salienta-se, ainda, fato que maximizou a inoperância do tratamento de esgoto, a total falta de manutenção do sistema pelos réus, que somente tiveram atitude comissiva (positiva) quando ajuizada a presente demanda.

O conjunto probatório existente nos autos é veemente a apontar a existência de dano ambiental com o despejo do esgoto bruto (não tratado) diretamente nos cursos hídricos, como pode ser observado pelas fotografias de fls. 21-37 (não impugnadas), pela análise da água dos rios afetados (fls. 51-54 e 106-108), laudo de vistoria

de fls. 85-105, prova pericial (fls. 452-486) e provas testemunhais (fls. 394-406).

Como se não bastasse, tal fato é confirmado pelo réus em suas contestações, *in verbis*:

"Tanto é fato todo o alegado, que a Casan nunca veio a cobrar, ou faturar os serviços de esgotamento sanitários, pois deficitário, não atende as necessidades frente à proteção ambiental" (contestação da Casan – fl. 216).

"É bem verdade que o sistema de esgoto não tem apresentado resultados adequados, mas, ao contrário do asseverado pelo representante do MP, muitas providências foram tomadas, inclusive de ciência e denúncias expressa ao Ministério Público Estadual" (contestação do município de Itá – fl. 249).

Assim, os próprios réus admitem como verdadeiros os fatos argüidos na inicial, de que o sistema de tratamento de esgoto era ineficaz quando do ingresso da demanda, com a existência de dano ambiental pelo despejo do esgoto sem tratamento aos cursos hídricos, motivo pelo qual tais fatos independeriam de prova, na forma do artigo 334, II, do Código de Processo Civil.

Salienta-se que, com o ajuizamento da presente demanda, os réus tentaram resolver o problema de saneamento e esgoto da cidade de Itá, pois o problema existente nas onze bacias que compõem o sistema de tratamento de esgoto, fora em parte solucionado e, atualmente persiste em quatro bacias (A - Mirante -, K, F e F1), sendo que outras cinco necessitam de reparos (C1, I, A – Rua 64-, C2 E B), conforme consigna a prova técnica, *litteris*:

"[...]

10. Nos locais onde estão instalados cada um dos sistemas e em que as melhorias foram realizadas há algum lançamento exposto de efluentes com o comprometimento do meio ambiente? Se houver informar quais.

Resposta: sim, durante vistoria realizada constatou-se que haviam lançamentos expostos de efluentes nos seguintes sistemas cujas melhorias foram realizadas:

— Sistema da micro-bacia K (figuras 3 e 4 em anexo);

- Sistema da micro-bacia F (figuras 6, 7 e 8 em anexo);
- Sistemas da micro-bacia F1 (figura 10 em anexo);
- Sistema da bacia A, conhecida como mirante (figura 12 em anexo).

11. Existe ainda algum sistema em que ainda não foi implantada a melhoria que precisa que sejam implantadas as melhorias operacionais? Se houver informar quantos e quais.

Resposta: sim, existem sistemas originais que estão precisando de melhorias, para os quais se recomenda atender as normas da ABNT, assim como a legislação pertinente, quando da execução.

São 2 sistemas:

- Sistema da micro-bacia C1 (figuras 13-14);
- Sistema da micro-bacia I (figuras 15-16).

Além dessas, considerando as dificuldades de visualização encontradas durante as vistorias, com sistemas enterrados, cobertos por vegetação e tubulação não aparente, recomenda-se a realização de estudos detalhados e a realização das melhorias necessárias para os seguintes sistemas:

- Sistema da micro-bacia A, localizada na Rua 64;
- Sistema da micro-bacia C2;
- Sistema da micro-bacia B.

[...]” (fls. 457 e 458).

O convênio firmado entre os requeridos atribui a concessão para a exploração, ampliação e implantação dos serviços públicos de abastecimento de água e coleta de esgoto sanitário à Casan (fl. 66 – cláusula primeira), devendo a concessionária explorar os serviços concedidos observando as normas do convênio, a legislação em vigor e os padrões usuais de operação e manutenção (fl. 66 – cláusulas primeira e segunda).

Assim, existindo dano ao meio ambiente relacionado diretamente com o ineficaz sistema de esgoto implementado no município de Itá, não há como fugir à responsabilidade da requerida Casan, que era a responsável pelo funcionamento e manutenção do sistema.

Para a procedência da ação civil pública exige-se apenas a comprovação do dano ambiental e o nexo causal entre o ato comissivo ou omissivo do agente com o referido dano, já que não há margem para a discussão da culpa, uma vez que se trata de responsabilidade objetiva, requisitos que foram devidamente demonstrados nos autos.

A propósito, é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

"[...]

5. Outrossim, é manifesto que o Direito Ambiental é regido por princípios autônomos, especialmente previstos na Constituição Federal (art. 225 e parágrafos) e legislação específica, entre os quais a responsabilidade objetiva do causador do dano ao meio ambiente (arts. 3º, IV, e 14, § 1º, da Lei n. 6.938/81).

6. Portanto, a configuração da responsabilidade por dano ao meio ambiente exige a verificação do nexo causal entre o dano causado e a ação ou omissão do poluidor. Assim, não há falar, em princípio, em necessidade de comprovação de culpa dos ora recorrentes como requisito à responsabilização pelos danos causados ao meio ambiente.

[...]" (REsp. n. 570194/RS, rela. Mina. Denise Arruda, DJ de 12-11-2007, p. 155).

Nesse mesmo diapasão, já decidiu a Corte Catarinense:

"AÇÃO CIVIL PÚBLICA — EXTRAÇÃO DE CALCÁRIO SEM PRÉVIO LICENCIAMENTO — ÁREA NÃO RECUPERADA — COMPROVAÇÃO POR PERÍCIA JUDICIAL — RESPONSABILIDADE OBJETIVA — NEXO DE CAUSALIDADE EXISTENTE — POSTERIOR CONCESSÃO DE LICENÇA — IRRELEVÂNCIA DIANTE DA CONSTATAÇÃO DE DANO AMBIENTAL — APELO DESPROVIDO.

"A responsabilidade pela preservação e recomposição do meio-ambiente é objetiva, mas se exige nexo de causalidade entre a atividade do proprietário e o dano causado (Lei 6.938/81)" (REsp. n. 327254/PR, DJ de 19-12-02, Min. Eliana Calmon) [...] (Apelação Cível n. 2003.024555-3, de Imbituba, rel. Des. Francisco de Oliveira Filho, j. em 24-8-2005).

Por oportuna, trago a lição de Hely Lopes Meirelles:

"A defesa do réu na ação civil pública é restrita à demonstração de que: a) não é o responsável pelo ato ou fato argüido de lesivo ao meio ambiente; ou, b) não houve a ocorrência impugnada; ou, c) a ocorrência não é lesiva ao meio ambiente e a sua conduta está autorizada por lei e licenciada pela autoridade competente. Inútil será a alegação de inexistência de culpa ou dolo, porque a responsabilidade do réu é objetiva." (Mandado de Segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, "*habeas-data*", 12. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998, p. 127).

Assim, não tendo os requeridos logrado êxito em demonstrar a veracidade de qualquer das possíveis defesas acima mencionadas, e, em contrapartida, tendo sido perfeitamente demonstrados o dano e o nexo de causalidade, a procedência do pedido é medida inarredável.

Cumprе salientar, ainda, que a alegação da Casan de impossibilidade financeira não possui o condão de afastar a sua responsabilidade de impedir a perpetuação do dano ambiental, devendo implementar um sistema de esgoto eficaz que não gere poluição aos cursos hídricos, sob pena de subversão do sistema de proteção ambiental, pois extrairia a responsabilidade de qualquer empresa pública ou privada de reparar o dano à natureza com a mera alegação de impossibilidade financeira.

Ademais, ressalta-se que a inércia da Casan em solucionar o problema do tratamento de esgoto na cidade de Itá está estampada nos autos, primeiramente por desatender reiterados ofícios do chefe do Poder Executivo Municipal noticiando problemas no sistema de esgoto (fls. 42-46), após em cumprir o ajustamento de conduta realizado com a participação do Ministério Público às fls. 63 e 64, fatos que talvez expliquem o porquê das cidades catarinenses de grande e médio porte estarem municipalizando o sistema de abastecimento de água e a coleta de esgoto sanitário, justamente para não ficarem a mercê da empresa, que por muitas vezes, como foi o caso em Itá(SC), resiste em cumprir com a sua finalidade social, ou seja, o de "fornecer água tratada, coletar e tratar esgotos sanitários, promovendo a saúde, o conforto, a qualidade de vida e o desenvolvimento sustentável" (fl. 526). Frise-se, estas são sublimes missões que estão sendo negligenciadas, nesse município, pela Casan.

Conforme ponderado por ocasião da análise da preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam*, o Município de Itá possui responsabilidade solidária com a Casan sobre o dano ambiental, pois, havendo a concessão de serviço público, deveria o ente municipal fiscalizar e cobrar a fiel execução do convênio celebrado às fls. 66-70, já que inclusive possui o município a obrigação de custear 25% dos custos de investimento para a implementação de um sistema eficaz para o tratamento do esgoto (fl. 67). Não há notícias nos autos de que tenha o ente municipal aplicado sanções contratuais (cláusula décima) por descumprimento contratual, nem mesmo que tenha cumprido regularmente com o percentual referido em investimentos para implementação de sistema eficaz, momento em que poderia discutir sua isenção.

Complementando, diga-se que subsiste a multa imposta, inclusive quanto ao seu *quantum* – 5.000 UFIR's por dia, o que corresponde a R\$ 5.320,50 (cinco mil trezentos e vinte reais e cinquenta centavos). O prazo para o cumprimento da decisão, máxime porque extirpada a elaboração de um novo projeto, é bastante razoável (um ano). A importância das medidas, por outro lado, é inegável. Ora, o tempo urge – cuida-se de dano ambiental, sem falar na saúde dos munícipes posta em risco – e por certo que a *astreinte* deve ser de valor considerável, a fim de incitar o obrigado a efetivamente realizar as obras necessárias.

Confira-se, a respeito, os ensinamentos de Nelson Nery Júnior *in* "Código de Processo Civil Comentado", constantes do Ag n. 997481, relator o Ministro Luiz Fux:

Deve ser imposta a multa, de ofício ou a requerimento da parte. O valor deve ser significativamente alto, justamente porque tem natureza inibitória. O juiz não deve ficar com receio de fixar o valor em quantia alta, pensando no pagamento. O objetivo das astreintes não obrigar o réu a pagar o valor da multa, mas obrigá-lo a cumprir a obrigação na forma específica. A multa é apenas inibitória. Deve ser alta para que o devedor desista de seu intento de não cumprir obrigação específica. Vale dizer, o

devedor deve sentir preferível cumprir a obrigação na forma específica a pagar o alto valor da multa fixada pelo juiz.

Por todo o exposto, dá-se parcial provimento ao reexame necessário e ao recurso voluntário, a fim de excluir da condenação a determinação para que seja implantado um novo projeto de tratamento sanitário.

DECISÃO

Ante o exposto, a Câmara decidiu, por votação unânime, prover parcialmente o recurso e a remessa.

O julgamento, realizado no dia 18 de novembro de 2008, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Newton Trisotto, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, a Exma. Sra. Dra. Hercília Regina Lemke.

Florianópolis, 17 de dezembro de 2008.

Vanderlei Romer
RELATOR

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Newton Trisotto

1. O Ministério Público aforou “ação civil pública” contra o Município de Itá e a Companhia Catarinense de Obras e Saneamento – Casan objetivando que sejam compelidos a realizar obras para a “*imediate regularização do sistema de esgoto e saneamento desta cidade*” (fl. 15).

Por duas razões, divergi da douta maioria.

1.1. Conquanto preocupante a situação do sistema de saneamento no município de Itá, reafirmo o entendimento de que é “*vedado ao Poder Judiciário interferir nos critérios de conveniência e oportunidade que balizam as prioridades elencadas pelo Poder Executivo*” (AI n. 2004.007650-9, Des. Luiz César Medeiros; AC n. 8.444, Des. Alcides Aguiar; AC n. 43.928, Des. Torres Marques; AI n. 8.445, Des. João Martins).

Indago: o que fará o Administrador Público se o Município não dispuser de verbas para realizar todas as obras que o Ministério Público e o Poder Judiciário entenderem necessárias para satisfação das necessidades da população? Deixará de pagar os salários dos servidores? Deverá recorrer a empréstimos? Será o saneamento do problema de esgoto a maior prioridade? Poderá a obra ser realizada em detrimento da melhoria do ensino fundamental ou da manutenção do hospital, por exemplo?

Não somos nós os responsáveis pela eleição das prioridades administrativas. Os administradores públicos submetem-se periodicamente à censura dos eleitores. Cabe a estes pressioná-los para que realizem as obras ou prestem os serviços que considerarem prioritários.

1.2. O município de Itá e a Casan celebraram Convênio n. 132/77, cujo prazo encerrou-se em 28-4-2007 (fls. 66-70). Destarte, não se lhe pode atribuir o ônus de realizar obras cuja obrigação só poderia ter por fundamento o convênio expirado.

Florianópolis, 2 de fevereiro de 2009.

Newton Trisotto

Apelação Cível n. 2008.067773-3, de Canoinhas

Relator: Des. Sérgio Roberto Baasch Luz

ADMINISTRATIVO – SERVIDOR PÚBLICO – PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR – DEMISSÃO – COMISSÃO PROCESSANTE INTEGRADA POR SERVIDORES EFETIVOS, CONTUDO, OCUPANTES DE CARGO DE PROVIMENTO EM COMISSÃO – MÉRITO QUE PODE SER DECIDO EM FAVOR DO SERVIDOR – NULIDADE DO PROCESSO ADMINISTRATIVO QUE NÃO SE DECLARA – CPC, ART. 249, § 2º – SERVIDOR PÚBLICO QUE TEM DEPOSITADO EM SUA CONTA BANCÁRIA VALOR BEM ACIMA DE SEUS VENCIMENTOS – SAQUE LOGO EM SEGUIDA – ILEGALIDADE DO ATO DE DEMISSÃO – DEPÓSITO EQUIVOCADO POR ERRO DA PRÓPRIA ADMINISTRAÇÃO – BOA FÉ DO SERVIDOR AO ENTENDER QUE O VALOR EXCEDENTE TERIA SIDO PAGO A TÍTULO DE SERVIÇO PRESTADO AO ENTE PÚBLICO – LASTRO PROBATÓRIO SUFICIENTE NESSE SENTIDO – DEVOLUÇÃO DE PARTE NO PRIMEIRO DIA ÚTIL E O RESTANTE PARCELADO – PAGAMENTO DOS VENCIMENTOS DEVIDOS DESDE A DEMISSÃO – CORREÇÃO MONETÁRIA CORRETAMENTE FIXADA – JUROS DE MORA A PARTIR DA CITAÇÃO PARA A REMUNERAÇÃO VENCIDA ATÉ ESTE MARCO E A PARTIR DE SEU VENCIMENTO PARA AS POSTERIORES – CORREÇÃO EM SEDE DE REEXAME NECESSÁRIO – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS FIXADOS EM MONTANTE RAZOÁVEL CONSOANTE CRITÉRIOS ESTABELECIDOS NO CPC — SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO E REEXAME NECESSÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2008.067773-3, da comarca de Canoinhas (2ª Vara Cível), em que é apelante o município de Canoinhas, e apelado Nery Pazda:

ACORDAM, em Primeira Câmara de Direito Público, por votação unânime, negar provimento ao recurso e dar provimento parcial ao reexame necessário para determinar que os juros de mora referentes à remuneração vencida após a citação sejam contados a partir do seu vencimento. Custas na forma da lei.

RELATÓRIO

Trata-se de reexame necessário e apelação cível interposta pelo Município de Canoinhas contra sentença que, na "*ação ordinária de reintegração em cargo público*" que lhe moveu Nery Pazda, julgou procedente o pedido para declarar ilegal seu ato exoneratório, diante da nulidade do processo administrativo; determinar a reintegração do autor ao cargo público, com efeitos retroativos à data da exoneração; condenar o réu ao pagamento de todos os salários e vantagens pecuniárias que lhe são devidos desde a exoneração até sua efetiva reintegração, acrescidos de correção monetária pelos índices da CGJ/SC desde o vencimento e juros legais a partir da citação, descontados eventuais salários auferidos em outros cargos ou empregos públicos não cumuláveis ou incompatíveis com o cargo público municipal no período. Ainda, a sentença julgou procedente, em parte, a reconvenção ajuizada pelo município para condenar o autor a pagar ao ente público o saldo remanescente do valor por ele indevidamente recebido, corrigido monetariamente e compensado com o dinheiro que o autor tem a receber (fls. 266-273).

O município apelante argumenta que o fato da comissão processante ter sido composta por servidores efetivos mas, alguns deles, na função gratificada não pode ensejar a nulidade do procedimento administrativo, diante

da ausência de prejuízo. Por fim, pede a fixação dos honorários advocatícios em 10% sobre as parcelas vencidas até a sentença (fls. 384-389).

As contra-razões foram apresentadas de forma regular (fls. 392-400) e a douta Procuradoria-Geral de Justiça deixou de manifestar-se (fls. 406-410).

VOTO

A sentença de procedência anulou o processo administrativo disciplinar porque embora todos os integrantes da comissão processante fossem servidores estáveis em outros cargos, não o eram nos que ocupavam quando foram designados e participaram da comissão disciplinar.

De fato, a doutrina e a jurisprudência enfatizam a necessidade de que a comissão do processo disciplinar seja formada apenas por servidores efetivos, para garantir a imparcialidade do processo. Deste modo, não podem integrar a comissão os servidores ocupantes de cargos em comissão, uma vez que poderiam conduzir o processo de modo parcial, com medo de serem exonerados.

Contudo, além dessa nulidade, a sentença reconheceu que *"ainda que não houvesse a nulidade do processo administrativo, outra não seria a sorte desta ação ordinária. É que a vista dos elementos trazidos nos autos, bem como das provas produzidas no processo disciplinar, não ficou estampada a má-fé do servidor ao utilizar o dinheiro depositado em sua conta, e muito menos quando solicitado a devolvê-lo"*.

Assim, incidente a norma inserta no art. 249, § 2º, do CPC, *"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"*.

Com efeito, nesse ponto os fundamentos da r. Sentença merecem acolhimento para manter-se a procedência do pedido:

"Vale mencionar, apenas para registro, que ainda que não houvesse a nulidade do processo administrativo, outra não seria a sorte desta ação ordinária. É que a vista dos elementos trazidos ao autos, bem como das provas produzidas no processo disciplinar, não ficou estampada a má-fé do servidor ao utilizar o dinheiro depositado em sua conta, e muito menos quando solicitado a devolvê-lo.

Primeiramente, é de se destacar que quem deu causa aos fatos foi a própria administração creditando erroneamente valores na conta do autor e não este por ter gasto parte do numerário antes de ser notificado, achando que os valores eram provenientes de serviços prestados anteriormente em uma Escola na Localidade de Rio do Pinho.

Colhe-se do depoimento prestado em Juízo por Ieda Maria Dobroschinskei Alberti, participante da comissão processante, que o equívoco no depósito do dinheiro na conta do requerente foi do Município. Relatou categoricamente que "*pelo que sabe, o autor nunca se recusou de devolver o numerário aos cofres públicos*" e que "*sabe que parte do dinheiro o autor devolveu, mas não sabe se o remanescente foi descontado de sua folha de pagamento até a recomposição integral do valor*" (fl. 273)

Em outra parte do depoimento disse que "*o autor alegou que achou que aquela importância seria fruto de um 'acerto' que ele teria feito com o prefeito à época, para construir uma escola na localidade de Rio do Pinho*".

Com efeito, os depoimentos das testemunhas comprovam que o autor realmente trabalhou na referida escola na função de pedreiro, bem como que o prefeito realmente teria lhe prometido o pagamento de horas extras trabalhadas e, em que pese o tempo transcorrido entre o serviço prestado e o crédito de valores em sua conta, isso levou o autor, saliente-se, pessoa de baixo nível de escolaridade, a acreditar que tais créditos fossem referentes ao pagamento dos serviços que prestou.

Sobre esse aspecto cabe destacar que a própria diretora da escola, Sra. Maude Raquel Gasperin Porta, confirmou que "*o prefeito à época se reuniu com o autor e com a depoente, no gabinete do primeiro onde*

ficou ajustado que o autor construiria a sala de aula e receberia horas extras pelo período extraordinário que viesse a trabalhar" (fl. 271) confirmando a versão do requerente e justificando o uso do dinheiro que o Município depositou em sua conta bancária.

Ora, o autor efetuou o saque na véspera do feriado de páscoa (28/03/2002/quinta-feira), ponto facultativo no Município. Nestas datas é comum as pessoas assalariadas ficarem ansiosas aguardando o crédito de seus vencimentos, o que possivelmente aconteceu com o autor.

Em que pese a alegação do réu de que o autor deveria ter comunicado os fatos à municipalidade e se informado da origem do dinheiro, não poderia tê-lo feito senão na data em que o fez, primeiro dia útil seguinte ao que foi notificado sobre o equívoco do depósito. Há que se considerar que o requerente só foi notificado verbalmente pelo denunciante no sábado, porque embora o secretário de obras não tenha certeza (fls. 28), o Sr. José Adilson Dobrikopf foi categórico ao afirmar que acompanhou o Secretário no sábado dia 30-3-2002, dia em que foram entregues os brindes de Páscoa.

O que é de se auferir no caso em apreço, é a boa-fé do autor, levando em conta que após ser notificado o mesmo compareceu junto ao setor pessoal devolvendo a quantia de R\$ 700,00 (setecentos reais), comprometendo-se a ressarcir o restante parceladamente na forma do art. 52, da Lei Municipal N. 2.305/90 (Estatuto dos Servidores Públicos), o que foi aceito pela municipalidade.

Portanto, também nesse aspecto mereceria acolhimento o pedido do autor, diante da desproporcionalidade e falta de razoabilidade da decisão tomada no processo disciplinar. Presente a boa-fé do autor, a falta do dolo na prática da infração, bem como seus bons antecedentes funcionais, fica demonstrado claramente o excesso da pena imposta.

A pena de demissão foi fundamentada no art. 152, incisos I e X da Lei Municipal n. 2.305/90 que se refere a "*crime contra a administração pública*" (inciso I) e "*lesão aos cofres públicos e dilapidação do patrimônio Municipal*" (inciso X).

Assim, reconhecido que os valores foram depositados pelo próprio ente público e a boa-fé do servidor quanto à origem do montante e sua conduta em devolver prontamente a quantia que tinha disponível e parcelar a restante, não há como tipificar sua conduta "*crime contra a administração pública*", e "*lesão aos cofres públicos e dilapidação do patrimônio Municipal*" (inciso X). Por essa razão, mostrou-se ilegal sua demissão, devendo ele ser reintegrado ao cargo público.

Quanto ao direito do apelado ao vencimentos desde a data da exoneração, este Sodalício entende que "*Anulado o ato administrativo, o servidor público demitido ou exonerado tem direito à reintegração no cargo assegurado o pagamento dos vencimentos a que teria direito se em atividade. Porém, do montante deverão ser deduzidos os rendimentos resultantes do exercício de trabalho ou atividade de qualquer natureza, inclusive pro labore, obtidos no período do afastamento. A solução se impõe como corolário do princípio, universalmente aceito, que veda o enriquecimento injusto*" (AC n. 1998.011468-3, de Taió, Des. *Newton Trisotto*).

Quanto à condenação ao pagamento dos vencimentos atrasados e aqueles que se vencerem até a efetiva reintegração do apelado, impõe a fixação de correção monetária desde o momento que sua remuneração deveria ser paga e juros desde a citação para as parcela que lhe são anteriores e desde o vencimento para as posteriores.

Portanto, a sentença merece ser modificada em sede de reexame para determinar que os juros de mora referentes à remuneração vencida após a citação sejam contados a partir do seu vencimento.

Quanto aos juros de mora, aplica-se o Decreto-Lei n. 2.322/87 e a Lei n. 8.177/91, incidindo o percentual de 1% (um por cento) ao mês (REsp. n. 171.390, Min. *Felix Fischer*; AgRgREsp. n. 591.012, Min. *Hamilton Carvalhido*). Contudo, nas condenações impostas à Fazenda Pública para pagamento de verbas remuneratórias devidas a servidores e empregados

públicos em "*ações ajuizadas após o advento da Medida Provisória n. 2.180-35, de 24-8-2001, que acrescentou o art. 1º-F à Lei n. 9.494/97, os juros de mora devem ser fixados em 0,5% ao mês. Deve ser afastada a aplicação do art. 406 do Novo Código Civil, em face da especialidade da norma inserta no art. 1º-F da Lei n. 9.494/97, que, especificamente, regula a incidência dos juros de mora nas condenações impostas à Fazenda Pública para pagamento de verbas remuneratórias*" (AgRg no REsp. n. 773275/RS, rela. Mina. Laurita Vaz, j. em 18-10-2005). No caso, a ação foi proposta em 2007, razão pela qual mantém-se os juros de mora fixados em 6% ao ano.

Quanto ao índice de correção monetária correta a decisão que determina que se siga o estabelecido pelo Provimento n. 13/95 da Corregedoria-Geral da Justiça, que desde julho de 1995 é o INPC/IBGE.

É predominante nesta Corte de Justiça que, caso vencida a Fazenda Pública e ausentes circunstâncias especiais, os honorários devem ser fixados em no máximo 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação. É o que se vislumbra:

‘Pacificou-se o entendimento pretoriano no sentido de que não deve entidade estatal, na hipótese de sucumbir, suportar honorários de advogado acima do percentual de 10%’ (Ap. Cív. n. 97.010104-0, Des. Sérgio Paladino)” (AC n. 1999.014474-7, da Capital, rel. Des. Francisco Oliveira Filho, j. em 30-11-2000).

“Vencida a Fazenda Pública, fixou esta Corte de Justiça o entendimento de que os honorários advocatícios devem ser arbitrados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação” (AC n. 2006.024733-8, de Rio Negrinho, rel. Des. Jaime Ramos j. em 22-8-2006).

Consoante art. 20 § 4º, do CPC, *in verbis*, "*nas causas [...] em que [...] não houver condenação, [...], os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior*". O arbitramento pode se dar tanto em percentual sobre o valor

da condenação ou execução, quanto em valor fixo (AC n. 1997.010497-9, de Itapiranga, rel. Des. *Luiz César Medeiros*)

Além disso, pacífico que “*os honorários advocatícios devem ser fixados de forma eqüitativa pelo juiz, nos termos do § 4º do artigo 20, do CPC, não ficando adstrito o juiz aos limites percentuais estabelecidos no § 3º, mas aos critérios neste previstos*” (STJ, 4ª Turma, REsp. n. 226.030/SP, rel. Min. *Sálvio de Figueiredo*, j. 7-10-99). Veja-se ainda: REsp. n. 2.396/MT, rel. Min. *Gueiros Leite*, DJU n. 193, de 9-10-1990; REsp. n. 15.232/GO, rel. Min. *Athos Carneiro*, DJU n. 243, de 16-12-91.

Considerando o valor econômico discutido nos autos, o lugar de prestação do serviço, a natureza e importância da causa, o indiscutível grau de zelo e trabalho dos advogados e tempo exigido para o seu serviço (20, § 3º e 4º do CPC), o montante fixado não pode ser modificado.

Por fim, imperioso observar que o município é isento do pagamento das custas processuais, *ex vi* do artigo 35, alínea i, da Lei Complementar Estadual n. 156/97, com redação dada pela Lei Complementar Estadual n. 161/97.

Pelo exposto, nega-se provimento ao recurso e dá-se provimento parcial ao reexame necessário para determinar que os juros de mora referentes à remuneração vencida após a citação sejam contados a partir do seu vencimento.

DECISÃO

Ante o exposto, por votação unânime, nega-se provimento ao recurso e dá-se provimento parcial ao reexame necessário para determinar que os juros de mora referentes à remuneração vencida após a citação sejam contados a partir do seu vencimento.

O julgamento, realizado no dia 17 de março de 2009, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Newton Trisotto, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Guido Feuser.

Florianópolis, 18 de março de 2009.

Sérgio Roberto Baasch Luz
RELATOR

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

APELAÇÃO CÍVEL

Apelação Cível n. 2007.009812-3, de Maravilha

Relator: Des. Subst. Ricardo Roesler

RESPONSABILIDADE CIVIL. ANULAÇÃO DE NEGÓCIO JURÍDICO REALIZADO COM PROCURAÇÃO VICIADA (APOSIÇÃO DE ASSINATURAS FALSAS). CONDENAÇÃO DO ESTADO PELOS PREJUÍZOS DECORRENTES. JULGAMENTO IMPROCEDENTE DA LIDE SECUNDÁRIA (ESTADO X NOTÁRIO). PRETENSÃO DO ESTADO DE RESPONSABILIZAR O AGENTE NOTARIAL. ALEGAÇÃO, PELO TABELIÃO, DE COISA JULGADA. INOCORRÊNCIA. ARGUIÇÃO, ADEMAIS, DE AUSÊNCIA DE PROVA DE CULPA. COMPROVAÇÃO, EM OUTROS AUTOS, DE FALSIFICAÇÃO DA ASSINATURA. AUSÊNCIA, DE OUTRO VÉRTICE, DE ELEMENTOS QUE EVIDENCIEM A DILIGÊNCIA DO OFICIAL. NEGLIGÊNCIA DEMONSTRADA. CULPA CONFIGURADA.

DESFAZIMENTO DO NEGÓCIO JURÍDICO EM RAZÃO DE TER SIDO FIRMADO POR MEIO DE PROCURAÇÃO PÚBLICA FALSA. TRANSTORNO QUE DESBORDA OS LIMITES DO MERO DISSABOR. FIXAÇÃO DO DANO. LESÃO DE REPERCUSSÃO PRESUMÍVEL. RAZOABILIDADE, ADEMAIS, NO ARBITRAMENTO DO MONTANTE. VERBA INDENIZATÓRIA FIXADA DE FORMA A TENDER OS DESÍGNIOS DA DEMANDA. SENTENÇA MANTIDA NESSE PARTICULAR.

JUROS MORATÓRIOS. APLICAÇÃO A PARTIR DA CITAÇÃO, EM MONTANTE EQUIVALENTE A 6% AO ANO, ATÉ A VIGÊNCIA DO CÓDIGO CIVIL DE 2002, QUANDO ENTÃO ELEVADA AO PERCENTUAL DE 12%. RECURSO PROVIDO. CORREÇÃO MONETÁRIA. OMISSÃO NA SENTENÇA. ENCARGO LEGAL. SELIC. APLICAÇÃO APÓS O TRÂNSITO EM JULGADO. FIXAÇÃO DE OFÍCIO.

Uma vez reconhecida a responsabilidade do Estado por ato de agente notarial, é possível perquirir-se sobre a responsabilidade deste, a fim de resguardar-se o direito de regresso da Administração Pública. O fato de ter sido a notária demandada em ação pretérita pela autora desta ação, também em lide secundária, não inibe a renovação do debate, agora em face do Estado, que não participara daquela ação. Não se cuida de coisa julgada na hipótese. Conforme ensina Cândido Rangel Dinamarco, a coisa julgada diz respeito aos contornos do dispositivo da sentença, e não de seus fundamentos; exige, ademais, identidade entre os três elementos – partes, pedido e causa de pedir (*Instituições de Direito Processual Civil*), incorrente no caso.

Por outro lado, não obstante a responsabilidade do notário seja orientada pela teoria subjetiva, ela está bem evidenciada no caso concreto. A situação angularizada nos autos revela que a tabeliã não usou de cautela suficiente na elaboração da procuração questionada, a ponto de reconhecer-se mais tarde tratar-se de documento defraudado por falsas assinaturas. Ademais, a notária não cercou-se de qualquer elemento que pudesse comprovar ter de fato obrado com diligência, chamando contra si os efeitos mediatos da anulação do negócio firmado com base na procuração fraudada em serventia de sua titularidade.

A proteção da tranquilidade espiritual, extensão da preservação da honra (tanto objetiva quanto subjetiva), é o objeto de proteção

maior da reparação por dano moral. Todavia, reconhecer-se tal fato não é, por si só, suficiente para tornar simples a aferição da indenização em sede de dano moral.

Conquanto não circunscrita a critérios objetivos, a indenização a título de dano moral deve, tanto quanto possível, servir de lenitivo ao constrangimento íntimo sofrido pelo lesionado. Para atender aos seus desígnios deve guardar sintonia com a lesão sofrida, e observância ao primado da razoabilidade.

A aplicação dos juros moratórios, no que pertine à condenação por reparação material, deve conformar-se, entre a data da citação e até a entrada em vigor da Lei n.º 10.406/02, ao que dispunha o Código Civil de 1916, que limitava o encargo ao percentual anual de 6%. De outro vértice, na omissão do julgado é lícito o reparo da sentença a fim de aplicar a correção monetária ao valor indenizado, bem como orientar sua atualização posteriormente pela Selic, em face de previsão normativa.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2007.009812-3, da comarca de Maravilha (Vara Única), em que é apelante Estado de Santa Catarina, e apelada Maria Seloj Werner e outro:

ACORDAM, em Segunda Câmara de Direito Público, por votação unânime, conhecer e dar provimento ao recurso. Custas na forma da lei.

1. RELATÓRIO

Irresignado com a decisão que lhe impôs condenação por dano material e moral, o Estado de Santa Catarina interpôs o presente recurso.

Em síntese, Maria Seloj Werner propôs ação indenizatória porque, nos idos de 1995, teria adquirido um terreno na cidade de Maravilha, ne-

gócio este que fora posteriormente anulado, por decisão judicial, em face do reconhecimento de que a venda lastreou-se em procuração falsificada. Em autos de ação anulatória, apurou-se que terceiros, passando-se por proprietários do imóvel em questão, procuraram determinada serventia, localizada na cidade de Ponte Serrada, onde lavraram, em nome de conhecido corretor daquela cidade, procuração com poderes para negociar o aludido imóvel.

Demonstrada a falsificação e nulificado o negócio, a autora propôs ação indenizatória, com vistas a reparar-se de danos materiais (lucros cessantes e danos emergentes) e danos morais daí decorrentes.

Demandado originariamente o Estado de Santa Catarina, este alegou ausência de qualquer ato que permitisse concluir pela culpa ou dolo do delegado notarial que lavrara a procuração, postulando, de outro vértice, que a notária responsável fosse integrada à lide, além de deduzir sua ilegitimidade.

Afastada a preliminar, foi ordenada a citação da denunciada (fl. 77, verso).

Citada, a agente notarial apresentou contestação, invocando, preliminarmente, o reconhecimento da coisa julgada, ao argumento de que a questão de fundo já havia sido exaurida em ação pretérita, na qual teria sido demandada pela ora autora, resultando na improcedência daquele pedido. No mérito, alegou de obrado com as cautelas próprias. Postulou ainda a citação de terceiros, envolvidos no negócio originário. Todas as preliminares, inclusive a de citação dos terceiros, foram afastadas, e ordenada a instrução (fl. 101, verso).

Instruído o processo, foi apresentada impugnação.

Sobreveio a sentença, acolhendo parcialmente o pedido inicial, condenando o Estado ao pagamento de indenização por danos materiais

em R\$ 1.000,00 e compensação por danos morais em R\$ 7.000,00, bem como julgando improcedente a lide secundária (Estado x notária — fls. 230-233 e verso).

Em face da decisão, interpor-se o presente, onde o Estado postula sucessivamente a exclusão ou minoração da compensação fixada por danos morais, além da alteração do percentual aplicado a título de juros antes da vigência do atual Código Civil. Requer, ainda, a condenação da tabeliã na lide secundária.

Ambas as recorridas ofereceram contra-razões (fls. 263-267 e 273-281).

O Ministério Público, por seu órgão oficiante no primeiro grau, deduziu não haver interesse por si tutelável no feito (fl. 269), seguindo na mesma toada o representante da entidade atuante nesta instância (fls. 288-291).

Vieram os autos para julgamento.

2. VOTO

Trato de recurso interposto pelo Estado de Santa Catarina, que pretende o provimento da lide secundária travada nos autos originários, de sorte a estender os efeitos da condenação contra si imposta à notária que lavrara o instrumento de mandato, cuja falsidade verificou-se posteriormente.

Embora esta demanda reúna por si só os elementos indispensáveis ao seu desfecho, é conveniente lembrar que ela tem origem no desfazimento da compra e venda de um imóvel pela apelante Maria Seloj Werner, adquirido de terceiros guarnecidos de uma falsa procuração. O imóvel em questão, conforme noticiado por diversas vezes nos autos, pertencia a Neronte Falkembach e Therezinha Falkembach, e fora vendido à recorrida por

terceiros que se valeram do referido ardil. O negócio fora posteriormente desfeito, por força de decisão judicial que reconheceu ter sido avençado com base em procuração falsa.

Diante desse quadro, a recorrida Maria S. Werner propôs a presente ação, com o fim de que fosse reparada moral e materialmente em face dos desdobramentos decorrentes do desfazimento do negócio. A ação, manejada inicialmente contra o Estado de Santa Catarina, alcançou também, por força de litisdenúnciação, Cândida Jacinta Bandeira Correia, agente notarial lotada em Ponte Serrada. Não obstante provida a lide primária, a lide secundária restou improcedente, em face de alegada ausência de prova de culpa da tabeliã de notas.

A insurgência do Estado, entre outros pontos, volta-se contra o improvimento da lide secundária. E tenho que sorte lhe assista.

Destaco de início que a agente notarial deduziu, logo na contestação, que a discussão sobre sua responsabilidade já havia se exaurido, por força do julgamento de improcedência de outra lide, onde fora demandada diretamente pela autora desta ação. Naquela lide, a autora, demandada pelos proprietários do imóvel, denunciou à lide a tabeliã. A sentença, ao fim, julgou improcedente a lide secundária. Eis o porquê da alegação de coisa julgada.

Em verdade, é flagrante a impropriedade dessa argumentação. Como bem se sabe, a coisa julgada diz em regra respeito à parte dispositiva, de modo a não inibir a rediscussão sobre seus fundamentos. Ademais, para que dela se cogite, é imperativo que haja identidade entre os seus três elementos (partes, pedido e causa de pedir). Ou seja: decidida lide em face de "A", "B" poderá ser demandado por "C" em ação de idêntica temática, pois coisa julgada, se ocorrente, operou-se tão-somente entre "A" e "B", sem vincular o terceiro ("C"), alheio à ação inicial.

Da precisa lição de Cândido Rangel Dinamarco, destaco:

"Tendo-se em vista essas disposições legais e os próprios objetivos do instituto da coisa julgada material, reconfirma-se que, embora apenas o preceito sentencial fique protegido pela intangibilidade inerente a esta (proteger resultados, não raciocínios), o impedimento a eventuais novos julgamentos só acontece quando a demanda proposta for inteiramente idêntica em seus três elementos. Se as partes forem outras, não seria legítimo vincular aos resultados do processo o sujeito que não participou do contraditório processual, nem teve oportunidade influir no julgamento que o juiz veio a tomar; [...]"

A imutabilidade dos efeitos da sentença vincula somente os sujeitos que figuraram no processo e aos quais se dirigiu aquela. Valendo-se de tradicional fórmula, o art. 472 do Código de Processo Civil estabelece que 'a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando nem prejudicando terceiros'. Os vocábulos parte e terceiro, nesse texto, são empregados em sentido puro, para designar aquele que esteve e aquele que não esteve integrado à relação processual em que foi dada a sentença" (*Instituições de Direito Processual Civil*, vol. III, Malheiros, 2004, p. 316-317).

Por certo nem poderia ser diferente. Se outra solução fosse dada, de sorte a alcançar terceiros não integrados à discussão, o julgamento redundaria em ofensa ao direito de contraditório e ampla defesa, muitas vezes inviável em relação ao terceiro que, por força dos contornos da lide originária, não tinha obrigação de integrá-la ou, mais ainda, não teria sequer legitimidade para tanto.

A hipótese ventilada, portanto, não inibe a rediscussão da matéria, tendo em vista que o Estado de Santa Catarina não integrou a lide precedente.

No que pertine ao mérito propriamente dito, tenho que a culpa da agente notarial está bem evidenciada.

A relação de responsabilidade civil entre o funcionário público e o Estado é de natureza subjetiva, o que importa na necessidade de reconhecer-se, além donexo e do dano, a culpa, contexto em que "*a responsabilidade a ser cobrada regressivamente incide sobre quem, feita a prova de que agiu com*

imperícia, imprudência ou negligência, ou, ainda, com intenção de provocar o dano, tenha dado causa a este" (Walter Ceneviva, *Lei dos Notários e dos Registradores Comentada*, Saraiva, 2006, p. 181).

Nos termos da sentença, a propósito, a culpa não estaria delineada, uma vez que a recorrida teria agido com cautela no exercício do seu mister. Porém, ao reanalisar o caso concreto, e sem desbordar dos parâmetros apreciados na sentença, chego à conclusão diametralmente oposta.

Parece-me bem claro, no caso posto, que a recorrida agiu, no mínimo, com negligência. Embora alegue ter agido com pontual diligência na elaboração da procuração debatida, o fato é que se reconheceu posteriormente que fora falsificada a assinatura dos outorgantes. E paira no ar a questão: como aferir-se a suposta cautela alegada pela notária?

O contexto, por certo, exige bem mais que a mera alegação como prova do exercício diligente das atribuições notariais, isso porque o cenário que serviu de pano de fundo aos fatos relatados, por si só, demandava redobrada cautela.

Destaco que a procuração falsificada foi confeccionada na cidade de Ponte Serrada, onde a recorrida é titular da respectiva serventia de notas (fl. 13), tratando de mandato específico para realização de negócio envolvendo imóvel situado na comarca de Maravilha.

Bem se sabe que não há vedação alguma impedindo a confecção de procuração em cidade diversa daquela em que há de se realizar o negócio a que se destina o instrumento, mas no mínimo causa espécie que uma procuração destinada à negociação de um imóvel seja lavrada em cidade que dista cerca de 140 km do local onde se localiza o bem de raiz (assim se pode concluir em rápida consulta em mapa virtual — www.mapainterativo.ciasc.gov.br), e sem que nenhuma das partes sequer resida nas proximidades (lê-se da procuração que os pretensos outorgantes residiriam em Foz do Iguaçu, estando ali apenas "de passagem", enquanto que o suposto outor-

gado residia em Maravilha). O episódio é ainda mais curioso se atentarmos ao fato de que a cidade de Maravilha fica aproximada mais de sessenta quilômetros da cidade paranaense em relação à cidade de ponte Serrada.

Abstraído, contudo, os dados geográficos que, embora peculiares não revelam em si a intenção do ardil, o fato é que ensejariam redobrada cautela, que na prática resumiu-se, ao que informou a recorrida em sua defesa, na perquirição da partes sobre sua origem (fl. 90).

Por mais que se considere a boa fé como premissa da atuação da recorrida em seu mister, ousar afirmar que fundar sua cautela no simples questionamento das partes revela um tom de ingenuidade. Penso que, distante de fichas cadastrais ou de quaisquer outros elementos que permitissem aferir tanto a assinatura quanto a autenticidade dos documentos que lhe foram apresentados, a tabeliã deveria lançar mão de toda sorte de expedientes que lhe permitissem assegurar a fidelidade do negócio. Ademais, para cautela própria, a fim de demonstrar que efetivamente tomou em mãos os documentos necessários à lavratura do mandato, poderia fazer arquivo de cópias do que lhe foram entregues na ocasião.

Não faço tal apontamento por mera especulação ou conjectura. Tenho por norte o que disciplina o próprio Código de Normas da CGJ/SC, que determina cuidados similares nas hipóteses de vendas de imóveis. Assim dispõe o regulamento:

"Art. 889. A lavratura de escritura com base em procuração advinda de outro Tabelionato de Notas deve ser precedida de confirmação de procedência e validade do instrumento por intermédio de meio idôneo, cujo comprovante de remessa e recepção deverá ser arquivado na serventia.

Parágrafo único. Comprovada a procedência e validade da procuração, o notário deverá fazer constar no corpo da escritura a realização da providência".

A análise pontual desse dispositivo, aliás, evidencia ainda mais a responsabilidade da notária, visto que, ainda que a oficial de notas fizesse consulta sobre a origem da procuração, o negócio se realizaria, já maculado pelo vício de origem na lavratura. Razão a mais, portanto, para que se evidencie o dever da tabeliã de obrar com considerável cautela.

Maiores diligências, evidentemente, não demandam a pontual indicação em lei, pois são inerentes à atividade notarial, que é, por excelência, serviço público de natureza peculiar, pois confere ar de probidade e publicidade a negócios particulares, com chancela estatal.

Lembro, por oportuno, que a colenda Corregedoria-Geral de Justiça deste Tribunal mantém orientação nesse sentido, repisando o dever de cautela dos notários no exercício de suas atribuições. Cito, sobre o tema, parecer tratando da matéria, da lavra do então Juiz-Corregedor Roberto Lucas Pacheco, opinando pela instauração de procedimento de inspeção por ocorrência semelhante:

"[...] Tratam os presentes autos de pedido de providências [...], por meio do qual noticia a ocorrência de suposta irregularidade na lavratura de escrituras públicas [...].

Na hipótese em apreço, foi realizada perícia grafotécnica nas assinaturas constantes das escrituras públicas perfectibilizadas na serventia de titularidade do Sr. Santiago, por meio da comparação com a assinatura que repousa sobre o cartão de pagamento de benefício em nome do Sr. João Agostinho Vieira (outorgante vendedor) e com aquela cujas anotações são atribuídas a Sra. Marina Dutra Vieira, concluindo-se haver notável divergência entre estas e aquelas dos indivíduos que figuram como alienantes nos documentos juntados.

Instado a se manifestar, o Tabelião afirmou não haver cometido qualquer irregularidade e que os atos foram celebrados conforme os documentos apresentados pelas partes.

A conclusão apresentada pelo laudo grafotécnico, relativamente à divergência e possível falsidade das assinaturas apostas nas escrituras públicas, salvo melhor juízo, não possui o condão de alterar,

de plano, o *status* fático da serventia requerida frente a este Órgão Correicional.

É certo, todavia, que a possibilidade de fraude na lavratura de documento público, com a 'participação' de pessoas já falecidas, assume acentuado relevo se esta se verifica no desenvolvimento de função delegada que tem a fé pública como prerrogativa, denotando, em perfunctória análise, uma conduta atentatória aos desígnios estabelecidos pela Lei dos Notários e dos Registradores.

Nesse pensar, a despeito de haver afirmado que cumpriu a legislação e que não é '*investigador policial*' (fl. 371) para contestar a validade de documentos aparentemente legítimos, exsurge incontestemente a necessidade de se averiguar a dita ocorrência de fraude na realização do ato, seja pela viciada manifestação de vontade do outorgante (que, aparentemente, já havia falecido e não compareceu no cartório e não após sua assinatura no documento), seja pela credibilidade da qual goza a conclusão estabelecida pelo laudo pericial grafotécnico.

A perícia indica, com razoável verossimilhança, a falsidade das assinaturas, donde exsurtem fortes indícios da ocorrência de irregularidade nos procedimentos adotados pelo Sr. Tabelião, no exercício de seu mister.

O Código de Normas desta Corregedoria-Geral, em seu art. 519, estatui que:

'Os notários e registradores são dotados de fé pública, razão pela qual devem pautar-se pela correção em seu exercício profissional, a fim de garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos em que intervêm' (grifou-se).

E ao estabelecer os deveres dos serventuários, assenta em seu art. 546:

'Os notários e registradores deverão:

[...]

XII – Conferir a identidade, a capacidade e a representação dos intervenientes nos atos a serem praticados;'

Não se descursa, portanto, que incumbe ao Tabelião conferir a identidade das partes e zelar pela autenticidade das informações constantes dos documentos lavrados na Serventia, sendo-lhe abso-

lutamente vedado reconhecer como verdadeira uma circunstância que sabe ou deveria saber dissociada da realidade.

Censurável, pois, a prática narrada, infringente dos deveres dos serventuários a quem o Poder Público delega as funções notariais e de registro. Nessa seara, não se pode olvidar que aqueles que exercem uma função delegada, na execução de seus serviços, devem se guiar pelos princípios de Direito Administrativo, delineados a partir da ética, norteadora de qualquer função pública.

[...]

Como visto, o Tabelião, ao lavrar escritura pública sem se certificar da real identidade dos outorgantes (admite, nesse particular, que se o *'vendedor estava morto, alguém se fez passar por ele'* — fl. 371), atentou contra os desígnios de eficiência e boa-fé que devem caracterizar o exercício de função pública, além de contrariar os mais comezinhos deveres a ele impostos pela Lei de Notários e repisado no Código de Normas desta Corregedoria-Geral." (*Processo n.º CGJ-0303/2004* — grifos no original).

Veja-se que, num e noutro caso, discute-se culpa do cartorário, em face de negligência. No caso em análise, o que se pode inferir, e sem sobressaltos, é que não houve de fato cautela na lavratura do documento, ou ao menos ela não aflora do conjunto probatório. Há, portanto, culpa da delegada notarial, de sorte a sujeitá-la perante o Estado de Santa Catarina aos efeitos da condenação por este suportado.

Por esses motivos, que são, diga-se de passagem, de extrema relevância, a sentença deve ser alterada neste mister, julgando-se procedente a lide secundária, promovida pelo Estado contra a notária.

A propósito da condenação, o Estado insurgiu-se, também, contra a condenação ao pagamento de reparação por danos morais. Nesta parte, no entanto, o inconformismo parece-me impertinente.

A compensação por dano moral tem como causa de pedir, via de regra, a violação da honra subjetiva. No caso em comento, além disso, tem como fundamento o possível vexame a que fora submetida a autora, por

ter que devolver o imóvel aos proprietários originários, em decorrência da decisão judicial que apurou e concluiu que a debatida procuração havia sido falsificada, sobrevivendo a anulação do negócio. Isso porque, considerando que os fatos se deram em local que conserva as características de cidade pequena, em que é muito mais comum as pessoas todas se conhecerem.

Não obstante, acontecimentos desta natureza geram extrema insegurança e frustração à vítima, que acaba depositando sua confiança no instrumento que lhe foi apresentado, que se reveste de fé pública.

É bem verdade que discutir a ocorrência de dano moral não raro revela-se tarefa deveras delicada. Conceituá-lo, por si só, aliás, não é tarefa fácil, revelando, de outro vértice, extremo grau de subjetividade a sua aferição.

No caso dos autos, conforme muito bem elucidado pelo magistrado de primeiro grau, existiu a frustração do negócio jurídico, firmado de boa-fé, mesmo a autora tendo se cercado de todos os cuidados necessários (intervenção de imobiliária, procuração por instrumento público e lavratura de escritura pública).

Vale mencionar, ainda nos termos da sentença prolatada, que "*configura dano moral o sofrimento pessoal, angústia, tristeza, frustração, insegurança e aborrecimentos sofridos em decorrência de ato fraudulento que ocasiona a perda de bem imóvel adquirido de boa-fé pela vítima*" (TJSC, Apelação Cível n. 2002.011396-0, rel. Des. Luiz Carlos Freyesleben" (fl. 232).

Ademais, não há dúvida que houve negligência na conduta da Tabeliá, que, a teor do artigo 236 da Constituição Federal, exerce função pública, em caráter privado, por delegação do Poder Público.

Dessa forma, não é desarrazoado concluir que o cidadão, submetido que é ao poder estatal, procura o cartório com o propósito de cercar-se de todas as cautelas necessárias à realização adequada do negócio jurídico.

Logo, torna-se difícil admitir que o desfazimento ocorra em razão de um instrumento público fraudulento, cuja confecção somente foi possível por conta da negligência da Tabeliã. Seguindo esta trilha, conclui-se que este cidadão deve ter, então, seu direito protegido e tutelado por este mesmo poder estatal, para continuar sentindo segurança quando da realização de um negócio jurídico, principalmente se for necessário qualquer tipo de ato atrelado aos cartórios extrajudiciais.

Destarte, não há dúvidas de que o dano ocorreu, não podendo ser confundido com mero aborrecimento insuscetível de reparação. Outrossim, foi evidenciado o nexó de causalidade entre a conduta do agente público e o prejuízo extrapatrimonial experimentado pela autora. Afinal, inafastavelmente, restou caracterizada a conduta indevida do agente público e, via de conseqüência, a obrigação de indenizar por parte do Estado.

Por certo a proteção da tranquilidade espiritual, extensão da preservação da honra (tanto objetiva quanto subjetiva), insere-se entre os bens, que, em essência, é o objeto de proteção maior da reparação por dano moral. Todavia, reconhecer-se tal fato não é, por si só, suficiente para tornar simples a aferição da indenização em sede de dano moral.

Em regra, o magistrado se vê contornado por elementos de ordem subjetiva, cujo deslinde exige, invariavelmente, a percepção pessoal do magistrado em relação ao litígio. A sentença, portanto, não obstante reste despida de discricionariedade, revela, nesse particular, aquilo que toda obra humana tem em comum: a impressão de seu criador: "*Mas o que não é autobiográfico? Até uma tela... Entre nós, quantos pintores já não se pintaram, pensando que estavam pintando a ponte do riacho?*", indagava-se Mario Quintana (*Collete*, 1988). Assim, em seu discurso, o magistrado, ao analisar o dano moral não projeta propriamente o dano suportado pela vítima, mas sim o que ele, sentenciante, percebe como observador. O

discurso (a sentença) revela a reação idiosincrática do sentenciante diante do problema posto.

No entanto, tal decisão somente será legítima se o magistrado, em seu mister, valer-se dos elementos objetivos angariados ao longo do processo. Esses elementos são, em verdade, suas condicionantes de validade; são as balizas pela qual o sentenciante deve obrigatoriamente transitar, e por onde deve exercer o juízo subjetivo que é próprio desse tipo de demanda.

No caso, já se disse, o constrangimento é inescusável, pois a conduta perpetrada permite que se conclua a agressão íntima causada. E deve-se observar que a indenização por dano moral, além de servir de lenitivo à ofensa causada, deve, também, servir de instrumento punitivo, e coibir a reiteração de tal conduta.

Entendo, nesse pensar que a indenização originariamente fixada parece devidamente equacionada com essas grandezas, devendo ser mantida neste tópico inalterada, por atender aos desígnios da demanda.

Por fim, o Estado deduziu que a incidência dos juros moratórios, até o advento do Código Civil de 2002, deve ser fixada no patamar de 6%.

Com efeito, até a entrada em vigência da Lei n. 10.406/02, a prescrição dos juros moratórios limitava-se ao montante de 6% ao ano, conforme dispunha então o art. 1.062 (Código Civil de 1.916). Somente após o advento do Código vigente, em 11-1-03, é que elevou-se a aplicação de juros moratórios ao patamar de 12% ao ano, nos termos do art. 406 do Código Civil *c/c* o art. 161, § 1º, do CTN. Ressalvo, porém, que os juros moratórios deverão incidir a partir a citação, e não do evento danoso a exemplo do que constou da sentença. É a exegese do art. 219 do CPC.

No mais, verifico que a sentença foi omissa no que pertine à correção monetária que, por se tratar de encargo legal, permite o retoque da decisão, mesmo de ofício. A propósito, deverá ser aplicado, a título de correção,

o INPC, índice oficial para este fim, adotado pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

No mais, por força do que dispõe o art. 117 da Constituição Estadual, c/c o art. 69 da Lei Estadual n. 10.297/96, impondo a correção de dívidas da Administração pela taxa Selic, deverá ela incidir a partir do trânsito em julgado da sentença, quando então substituirá tanto os juros moratórios quanto o índice de correção monetária. Conforme se depreende da interpretação conjunta daqueles preceptivos, a correção de dívidas – e assim entendendo aquelas obrigações reconhecidas pelo Estado ou imunes de discussão judicial por força da coisa julgada – deverá orientar-se pela Selic, sendo conveniente, portanto, que sua incidência se dê a partir do trânsito em julgado.

Diante de todo o exposto, o recurso merece provimento no tocante à procedência da lide secundária e, em decorrência disso, fixo honorários também no valor de R\$ 500,00, a serem pagos à procuradoria do Estado pela recorrida denunciada.

3. DECISÃO

Ante o exposto, a Câmara decidiu, por unanimidade, conhecer e dar provimento parcial ao recurso.

O julgamento foi realizado em 3 de março de 2009, com a participação dos Exmos. Srs. Des. Cesar Abreu (Presidente com voto) e Cid Goulart. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Plínio Cesar Moreira.

Florianópolis, 3 de março de 2009.

Ricardo Roesler
RELATOR

APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA

Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2008.055822-0, de Joinville

Relator: Des. Subst. Ricardo Roesler

MANDADO DE SEGURANÇA. ALEGAÇÃO, PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, DE NULIDADE DA SENTENÇA, POR AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. DECISÃO QUE SE SUSTENTA EM JULGADOS DESTE TRIBUNAL, EM ANÁLISE DE CASOS SIMÉTRICOS. FUNDAMENTAÇÃO SUSCINTA, PORÉM RAZOÁVEL. POSSIBILIDADE, ADEMAIS, DE REAPRECIÇÃO DA MATÉRIA PELO TRIBUNAL, EM FACE DO EFEITO DEVOLUTIVO. NULIDADE INOCORRENTE.

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. EXIGÊNCIA, PELO FISCO, DE TERMO DE FIANÇA, A SER SUBSCRITO PELOS SÓCIOS DE EMPRESA E RESPONSÁVEIS PELA PRODUÇÃO DE APLICATIVOS DE CONTROLE FISCAL, A FIM DE PREVENIR FRAUDES NA ELABORAÇÃO DE *SOFTWARES* DESSA NATUREZA. TENTATIVA INDEVIDA DE AMPLIAÇÃO DA SUJEIÇÃO PASSIVA NA HIPÓTESE, SEM ARRIMO EM LEI. EXIGÊNCIA QUE DESBORDA DOS CONTORNOS DA LEGALIDADE, SOBRETUDO POR NÃO SE TRATAR DE SIMPLES OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. RECURSO PROVIDO.

Não obstante ser de boa técnica a apreciação pontual das teses suscitadas pelos litigantes, não se cogita de nulidade a hipótese em que a sentença, sem esmiuçar os argumentos levantados, traz como fundamento decisões que, da simples análise da ementa permitem aferir a similaridade dos casos, onde, a propósito, apontou-se a licitude do expediente questionado.

Em que pese ser permitido ao fisco lançar mão de obrigações no interesse da fiscalização e da arrecadação de tributos, sob a forma de obrigações acessórias, é-lhe vedado, senão com respaldo em lei própria, o deslocamento ou a ampliação da sujeição passiva e da responsabilidade tributária. No caso, a pretexto de implementar a solidariedade passiva tributária prescrita pela Lei n. 10.297/96 (que determina a responsabilidade solidária dos sócios e dos usuários de sistemas de informática pela supressão ou redução de tributo decorrente do defraudamento desses aplicativos), o Estado tem exigido, com lastro no Decreto Estadual n. 2.870/01, que a comercialização de *softwares* fiscais (para a emissão de notas e escrituração fiscal) ficasse adstrita, entre outros requisitos, à assinatura de "termo de compromisso afiançado", mediante o qual o responsável pela produção do aplicativo, sócios e dirigentes da empresa que o fornece passariam a responder por eventual supressão de tributo, decorrente do defraudamento do programa. A hipótese, em verdade, padece de vício em sua origem, pois que não é dado ao Chefe do Executivo, na estreita via regulamentar, dar vida à limitação não prescrita pela Lei. Além disso, não se discute no caso verdadeira obrigação acessória, mas sujeição tributária por derivação (responsabilidade subsidiária de terceiro), onde, sob o pálio de evitar-se sonegação fiscal, pretende-se exigir garantia fidejussória das pessoas naturais, dirigentes ou responsáveis pela edição do aplicativo, sem lei específica, e olvidando da responsabilidade solidária que é imposta pela legislação tributária ao próprio fornecedor desse tipo de aplicativo (à pessoa jurídica).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2008.055822-0, da comarca de Joinville (2ª

Vara da Fazenda Pública), em que é apelante Sindicato das Empresas de Processamento de Dados e Informática de Joinville SEPIJ, e apelado Estado de Santa Catarina:

ACORDAM, em Segunda Câmara de Direito Público, por votação unânime, conhecer e dar provimento ao recurso. Custas na forma da lei.

1. RELATÓRIO

O Sindicato das Empresas de Processamento de Dados e Informática de Joinville – SEPIJ impetrou ordem de mandado de segurança contra o Gerente Regional da Administração Tributária do Estado de Santa Catarina da 5.^a Região. Sustentou, em síntese, que a autoridade coatora, de forma abusiva, tem exigido que os sócios das empresas que produzem *softwares* para atividades fiscais assinem "termo de compromisso afiançado", como requisito à concessão de autorização para comercializarem aqueles produtos.

Segundo entende, a exigência, galgada no Decreto Estadual n. 2.870/01 (art. 46 do Anexo 7), fere diversos princípios constitucionais, entre os quais o da valorização do trabalho humano e o da livre iniciativa. Destacou também que a imposição de responsabilidade não poderia decorrer de simples decreto, pois exigiria lei específica. Aduziu, ademais, que houve infringência da legislação local (Lei Estadual n. 10.297/96), que atribui às empresas responsáveis pela elaboração de aplicativos fiscais a responsabilidade solidária por eventual supressão ou redução de tributo por defraudamento do *software*.

Postulou a concessão de liminar para que fosse determinado à autoridade coatora que se abstinhasse de exigir a garantia fidejussória, e, no mérito, a manutenção do provimento antecipado.

A liminar foi inicialmente indeferida, por ausência de perigo na demora (fl. 43-46), mas concedida, porém, após pedido de reconsideração (fl. 69).

Instada a manifestar-se, a autoridade impetrada apresentou informações em fls. 78-84, deduzindo, em síntese, que a exigência feita é mera obrigação acessória, e por tal razão é legítima sua prescrição por decreto. Alegou, ainda, que o termo de fiança "*visa dar concretude ao disposto nos arts. 5.º da Lei Complementar n. 87/96 e 9º da Lei Estadual n. 10.297/96*". Ressaltou, por fim, que há precedentes sobre a matéria nesta Corte.

O Ministério Público, por seu Órgão oficiante em primeiro grau, deduziu parecer em fls. 108-113, pugnando pela concessão da ordem.

A ordem foi denegada (fls. 114-120).

Foram interpostos embargos de declaração, apontando omissão na decisão (fls. 164-174), adiante rejeitados (fls. 176-177).

Sobreveio o recurso, repisando as teses iniciais (fls. 184-199).

Seguiram-se contra-razões (fls. 204-210).

Em novo parecer, O Ministério Público da comarca de origem reiterou os termos iniciais, pugnando pelo conhecimento e provimento do recurso.

Nesta instância, o Ministério Público lançou parecer em fls. 227-231, pugnando pela anulação da sentença e devolução dos autos à origem para prolação de nova decisão, em face da ausência de fundamentação.

Vieram os autos, conclusos para julgamento.

2. VOTO

Trato de recurso de apelação com o qual o recorrente, entidade sindical, insurge-se contra decisão que reconheceu a legalidade da garantia

fidejussória exigida pelo fisco, com base em disposição do Decreto Estadual n. 2.870/01, dos dirigentes de empresas fornecedoras de programas de computador de emissão de documentos e de escrituração fiscais.

A par disso, porém, o Ministério Público atuante nesta instância arguiu a nulidade da decisão, à vista de suposta falta de fundamentação. Conforme destacou em sua manifestação, a sentença atacada não cotejou pontualmente todas as teses deduzidas, limitando sua fundamentação à colação de decisões deste Tribunal, que por si não circunscreveriam toda a matéria e não refletiriam fundamentação válida.

Entendo, porém, que nulidade de fato não há. Por certo a sentença não foi abrangente ao deduzir seus fundamentos. Em verdade, limitou-se o sentenciante à transcrição do parecer ministerial de primeiro grau e de jurisprudência desta Corte, com base em que conclui ser válida a exigência hostilizada (fls. 114-120). De fato a decisão não foi plenamente hábil no contorno de todas as teses levantadas, mas daí a concluir pela nulidade da sentença implica transpor um invencível abismo.

Ao contrário do que ainda se defende aqui ou acolá, entendo que o enfrentamento das teses deduzidas, sobretudo daquelas substanciais, é essencial ao debate meritório, notadamente para permitir a ampla revisão do julgado pelo sucumbente. De qualquer sorte, o juízo de origem foi pontualmente provocado por meio de embargos de declaração, onde fora deduzida toda a matéria omitida, mantendo-se o julgado inalterado, sob o recorrente argumento de desnecessário exaurimento das teses ventiladas. Afigura-me uma excrescência, nesse contexto, cogitar-se de nulidade

Destaco, além disso, que as decisões que embasam o julgamento em questão, a despeito de não esgotarem todas as teses, primam pela legalidade da exigência fiscal, contexto em que o ofício judicante do primeiro grau resta exaurido com a reiteração do julgamento pelos embargos de declaração, e em razão do que devolve, com o recurso, a apreciação de toda a

matéria. Como bem se sabe, a matéria omitida no julgamento do mérito e na provocação dos declaratórios habilita o Tribunal revisor à revisita-la, revisão esta limitada unicamente pelo pedido do recorrente (princípio dispositivo). É, essa a propósito, a exegese do art. 515, §§ 1º e 2º, do CPC.

Diante desse contexto, a decisão, conquanto em parte omissa, não se sujeita à declaração de nulidade, visto que a matéria, por força do efeito devolutivo, pode ser apreciada no todo por esta Corte

Com relação ao mérito propriamente dito, tenho que assista razão ao recorrente.

No caso, o apelante impetrara ordem de mandado de segurança com o fim de que fosse determinado à autoridade coatora que se abstinhasse de exigir termo de compromisso afiançado. A exigência, decorrente do Decreto Estadual n. 2.871/01, é imposta aos sócios de empresas que desenvolvem aplicativos fiscais destinados à emissão de documentos e elaboração de escritas fiscais. Ao que se depreende de todo o articulado, a medida imposta tem por fim impor aos sócios a responsabilização por eventual supressão de tributo pelos usuários, decorrente da manipulação ou defraudação dos programas de computação.

A medida, porém, foi mal orquestrada, pois atribuiu indiretamente a terceiros, estranhos à relação jurídica originária, a responsabilidade pelo pagamento de tributo. E o fez por meio de singelo decreto. Conforme pontuou o destacado e atuante Promotor de Justiça Genivaldo da Silva em seus pareceres, instituiu-se, por via inidônea, verdadeira obrigação fiscal.

O Estado deduz, com arrimo em alguma jurisprudência desta Corte, que a garantia fidejussória em questão é simples obrigação tributária acessória, exigível, portanto, por intermédio de qualquer expediente normativo, na forma do art. 113, § 2º, do CTN. Ledo engano.

Não desconheço as decisões que sustentam a tese do Estado recorrido, que, a propósito, guarnecem a sentença atacada. Sucede que, com a devida escusa, não vislumbro na espécie singela obrigação acessória, mas a tentativa inócua de responsabilizar os sócios por eventual sonegação fiscal decorrente de vícios nos programas de computador indicados.

A propósito, o primeiro ponto de indagação diz respeito ao expediente normativo que institui a garantia fidejussória. A pretexto de taxá-la obrigação acessória, institui-se a exigência por meio de decreto (Decreto Estadual n. 2.871/01), ato próprio do Chefe do Executivo, em tese regulamentando o que dispõe a Lei n. 10.297/96, que a certa altura distribui solidariamente a responsabilidade tributária entre contribuinte e fornecedores de *softwares* fiscais. Supondo-se que o decreto de fato tenha sido instituído para de alguma forma regular aquele diploma, não poderia, evidentemente, extrapolar os contornos da lei que o rege.

Como bem se sabe, o poder regulamentador do Chefe do Executivo fica limitado aos contornos da lei regulada. Veja-se: decreto, em que pese a carga normativa, não é tipo legislativo (cuja característica se confere exclusivamente àqueles espécimes relacionados no art. 59 da CR); a normatividade que detém é meramente instrumental, de caráter disciplinar – está adstrito à lei que o autoriza. É o que orienta do princípio da estrita legalidade, albergado pela Constituição.

Nessa esteira, a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, ao tratar do princípio da legalidade:

"No Brasil, além de assentar-se na própria estrutura do Estado de Direito e, pois, do sistema constitucional como um todo, está radicado especificamente nos arts. 5º, II, 37, *caput*, e 84, IV, da Constituição Federal. Estes dispositivos atribuem ao princípio em causa uma composição muito estrita e rigorosa, não deixando válvula para que o Executivo se evada de seus grilhões. É, aliás, o que convém a um país de tão acentuada tradição autocrática, despótica, na qual o Poder Executivo, abertamente ou através de expedientes

pueris – cuja pretensa juridicidade não iludiria sequer a um principiante –, viola de modo sistemático direitos e liberdades pública e tripudia à vontade sobre a repartição de poderes.

Nos termos do art. 5º, II, 'ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei'. Aí não se diz 'em virtude de' decreto, regulamento, resolução portaria ou quejandos. Diz 'em virtude de lei'. Logo, a Administração não poderá proibir ou impor comportamento algum a terceiro, salvo se estiver previamente embasado em determinada lei que lhe faculte proibir ou impor algo a quem quer que seja. Vale dizer, não lhe é possível expedir regulamento, instrução, resolução, portaria ou seja lá que ato for para coatar a liberdade dos administrados, salvo se em lei já existir delineada a contenção ou imposição de que o ato administrativo venha a minudenciar. [...]

Portanto, a função do ato administrativo só poderá ser a de agregar à lei nível de concreção; nunca lhe assistirá instaurar originariamente qualquer cerceio ao direito de terceiros.

Para reforçar ainda mais o entendimento deste caráter subalterno da atividade administrativa, basta examinar atentamente o art. 84, IV, da Lei Manga. De acordo com ele, compete ao Presidente da República 'sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução. Evidencia-se, destarte, que mesmo os atos mais conspícuos do Chefe do Poder Executivo, isto é, os decretos, inclusive quando expedem regulamentos, só podem ser produzidos para ensejar execução fiel de lei. Ou seja: pressupõem sempre uma da lei da qual sejam os fiéis executores" (*Curso de Direito Administrativo*, Malheiros, 2008, p. 102-103 — grifei).

Para além dos contornos daquela lei, decreto não é instrumento hábil para constituir alguma limitação de liberdade individual. Nenhuma inovação, sobretudo com o fim de criar uma obrigação tributária acessória, poderia ser concebida no seio de um decreto do Executivo. Em arremate, colho pontual lição de Misabel Abreu Machado Derzi, ao comentar a obra de Aliomar Baleeiro:

"O fato gerador da obrigação acessória também decorre de lei. A lei cria os deveres acessórios, em seus contornos básico, e remete ao

regulamento a pormenorização de tais deveres. Mas eles são e devem estar antes plasmados, modelados e enformados na própria lei. Ao dizer o CTN que o fato gerador da obrigação acessória é qualquer situação que, na forma da legislação aplicável, impõe a prática ou a abstenção de ato que não configure obrigação principal (art. 115), não rompe com o princípio fundamental da legalidade, apenas reconhece que existe margem de discricionariedade para que, dentro dos limites da lei, o regulamento e demais atos administrativos normativos explicitem a própria lei, viabilizando a sua fiel execução. A expressão legislação tributária, definida pelo próprio CTN, no art. 96, aliás, nome em primeiro lugar a lei, como ato próprio do Poder Legislativo. A lei, assim, integra com primazia o conceito de legislação tributária (art. 96 c/ art. 98), à qual se submetem os atos normativos do executivo" (*Direito Tributário Brasileiro*, Forense, 2005, p. 709-710).

Pois bem. A Lei Estadual n.º 10.297/96, ao dispor sobre a autorização para comercialização de *softwares* fiscais, assim prescreve:

"Art. 9º São responsáveis pelo pagamento do imposto devido e acréscimos legais: [...]

III — solidariamente com o contribuinte: [...]

e) quem fornecer ou instalar 'software' ou dispositivo que possa alterar o valor das operações registradas em sistema de processamento de dados de modo a suprimir ou reduzir tributo; [...]"

De outro vértice, o Decreto n. 2.871/01, que aprovou o regulamento do ICMS/SC, instituiu a subscrição de fiança pelos sócios da empresa fornecedora de aplicativos fiscais como condição à sua comercialização, nestes termos (art. 46 do anexo 7):

"Art. 46. O desenvolvedor de programa aplicativo para emissão de livros e documentos fiscais deverá solicitar credenciamento ao Gerente de Fiscalização, instruindo o pedido com os seguintes documentos: [...]

V – Termo de Compromisso, conforme modelo oficial aprovado em Portaria do Secretário de Estado da Fazenda, afiançado:

- a) pelo empresário, inscrito nos termos do art. 967 do Código Civil;
- b) pelo responsável pelo programa aplicativo, no caso de sociedade cooperativa;
- c) por 2 (dois) sócios que detenham maior participação no capital da sociedade limitada;
- d) pelo acionista controlador, ou por um deles, quando vinculados por acordo de votos, ou pelo administrador no caso de sociedade anônima; [...]

§ 9º Nos casos em que o sócio ou acionista for pessoa jurídica, o Termo de Compromisso será afofado pelo sócio ou acionista daquela empresa, aplicando-se as regras previstas nas alíneas *c* e *d* do inciso V do *caput*.

§ 10 Sempre que houver a alteração em seu quadro societário, o desenvolvedor de aplicativo deverá providenciar a substituição do Termo previsto no inciso V".

Note-se que, no particular, não há mero esforço regulamentador no decreto, mas extensão da responsabilidade aos integrantes da sociedade, em caráter subsidiário, por tributo devido em face da adulteração ou defraudamento de *softwares* fiscais. Trata-se de objeto estranho à lei regente, que na prática somente autorizou a solidariedade entre o usuário e o fornecedor dos aplicativos fiscais.

O Decreto, assim, não tem validade alguma no particular. E, mesmo que fosse legítima a via eleita, a obrigação não seria exigível, por não se tratar na essência de um dever instrumental. De modo bem diverso, a medida prescrita pelo Decreto Estadual n. 2.871/01 não pretende obrigação acessória alguma, mas sim instituir uma espécie de sujeição passiva por derivação.

Como é sabido, a *lei* pode atribuir a sujeito envolvido na cadeia de operações tributárias a responsabilidade pelo tributo devido, em operações

das quais não tome conta diretamente. É o que acontece, por exemplo, na discutível dinâmica da substituição tributária.

De outro vértice, pode-se, por lei, também, estender solidariamente a obrigação a outros envolvidos na cadeia geratriz do tributo. Nos termos do art. 124, I e II, do CTN, são responsáveis solidariamente pelo cumprimento das obrigações tributárias aqueles que a lei assim pontuar, ou que tiverem algum tipo de interesse na prática de ilícitos tributários. O interesse nesse caso, aliás, é de ser considerado em sua acepção ampla, e não somente restrito à relação jurídica, conforme destaca Edison Carlos Fernandes ao comentar o dispositivo:

"Com relação ao primeiro caso, destacamos que o referido 'interesse comum' não se restringe ao interesse jurídico, mas é bem mais amplo, no sentido de considerar interesses econômicos, sociais ou de qualquer outra natureza. Nesse sentido, lembramos a possibilidade de as autoridades administrativas cobrarem do consumidor final o imposto sobre circulação de mercadorias não recolhido pelo comerciante que deixou de emitir nota fiscal (como efetivamente aconteceu no Estado de São Paulo), tendo em vista que o não-pagamento do imposto, pelo comerciante, dá margem à redução do preço da mercadoria, o que interessa ao consumidor final" (*Curso de Direito Tributário*, Saraiva, 2007, p. 247, coord. Ives Gandra da Silva Martins).

Diante desse panorama, eventual conluio para obtenção de vantagens recíprocas, em face da adulteração de *softwares* fiscais seria, por si só, suficiente a ensejar a responsabilidade do fornecedor do aplicativo, sem que se fizesse necessária a aplicação de qualquer outro dispositivo. Nada obstante, já anotei, o Estado de Santa Catarina, de modo ainda mais incisivo, deu vida à Lei Estadual n. 10.297/96, e formalmente estendeu a sujeição tributária ao fornecedor de aplicativos fiscais em caso de prática de ilícito tributário.

O que não encontra justificativa é a tentativa de deliberadamente pretender a responsabilidade dos sócios. Ora, em razão da dicotomia exis-

tente entre a pessoa jurídica e as pessoas naturais que compõem seu corpo societário, não se poderia simplesmente impor aos sócios a responsabilidade por atos da pessoa jurídica, sob pena de malferir-se a autonomia desta e relegar-se ao ostracismo a tradição jurídica que sempre orientou a distinção entre a sociedade e seus membros.

Lembro, por oportuno, que a legislação tributária, pródiga na imputação da responsabilidade tributária, cuidou da responsabilidade pessoal dos sócios, na forma prescrita pelo art. 135 do CTN. Mas trata-se, evidentemente, de hipótese bem distinta daquela prescrita pelo decreto estadual, pois ao firmar a garantia fidejussória, os sócios não poderão mais discutir eventual responsabilidade pela prática de malversação dos programas de computador, senão em relação ao contribuinte, que é o devedor principal.

Ora, a fiança é garantia pessoal da dívida atribuída ao contribuinte, conforme disciplina o art. 818 do Código Civil. Segundo lembra Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, com amparo na doutrina de Galvão Telles,

"A fiança é exemplo típico de garantia pessoal. Diferentemente da garantia real, a garantia pessoal se verifica quando 'outra pessoa ou outras pessoas, além do devedor, estão adstritas a realizar a prestação no caso de ele não a efetuar'" (*Código Civil Comentado*, RT, 2006, p. 567).

Daí porque, assumido o encargo, aos fiadores somente restaria discutir em face dos contribuintes eventual ausência de responsabilidade, figurando, para todos os fins perante o fisco, como responsáveis tributários.

Ao que parece, e assim é fácil concluir pelas informações, pretendeu-se, por intermédio daquela exigência, instituir a solidariedade entre o usuário do *software* e os sócios da empresa fabricante/fornecedora destes aplicativos (fls. 82 e 83). Sucede que a fiança não induz à solidariedade, pois se cuida de pacto acessório com relação apenas com o devedor; ou

seja, o fiador é tão-somente o garantidor da dívida, mas não o responsável pela obrigação. Sobre o tema, anota J.M. Carvalho Santos que

"A fiança é um contrato de favor não em relação ao credor, que apenas recebe o que lhe é devido, mas em relação ao devedor afofinçado que, a não ser excepcionalmente, nenhuma compensação dá ao fiador por esse serviço" (*Código Civil Interpretado*, Vol. XIX, Freitas Bastos, 1988, p. 433).

Logo, o fiador é quem efetivamente garante o pagamento, mas não tem relação com a obrigação principal, avençada entre credor e devedor/afofinçado. A ele não compete discutir a origem da dívida, mas suportá-la, em caráter supletivo, subsidiário, e não solidário, cabendo-lhe invocar, inclusive, o benefício de ordem (art. 827 do Código Civil).

A solidariedade, conforme já anotei, está prescrita por lei, contexto em que se permite aos devedores discutir a dívida em toda a sua extensão, o que ocorre, também, no caso de responsabilidade pessoal dos sócios por infringência ao art. 135 do CTN, mas que é incompatível com a garantia albergada pela fiança. Pode-se concluir portanto, que além de pouco útil ao fim pretendido pelo fisco, dado o distantenciamento que guarda da solidariedade, ela é, em contrapartida, desmesuradamente ofensiva aos sócios, terceiros na relação havida entre fisco e contribuinte.

Por derradeiro, é conveniente destacar, a fiança é, a exemplo de qualquer obrigação ordinária regida pelo direito privado, um pacto, uma liberalidade. No caso, ela tem sido submetida aos representados do recorrente como condição à autorização para comercialização de *softwares* fiscais. De fato um paradoxo, uma vez que os fiadores se obrigam ao possível credor por eventual supressão ou redução de tributo decorrente de ato ilícito, tenham ou não alguma participação no empreendimento.

Diante desse contexto, e à míngua de expediente normativo válido que legitime a imposição feita, não vislumbro fundamento à exigência da

garantia fidejussória no caso, razão pela qual reformo a decisão e concedo a ordem postulada.

3. DECISÃO

Ante o exposto, a Câmara decidiu, por unanimidade, dar provimento ao recurso.

O julgamento foi realizado em 24 de março de 2009, com a participação dos Exmos. Srs. Des. Cesar Abreu (Presidente com voto) e Newton Janke. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Basílio Elias de Caro.

Florianópolis, 24 de março de 2009.

Ricardo Roesler
RELATOR

QUARTA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

APELAÇÕES CÍVEIS

Apelação cível n. 2006.045403-6, de Lages

Relator: Des. Subst. Jânio Machado

APELAÇÃO CÍVEL. INDENIZATÓRIA. SERVIÇOS DE TELEFONIA MÓVEL. PARTICIPAÇÃO NA PROMOÇÃO "PULA-PULA", QUE PREVIA A CONCESSÃO DE BÔNUS A SER CREDITADO NA FATURA DO MÊS SUBSEQUENTE SE AQUELA VENCIDA NO MÊS ANTERIOR FOSSE PAGA ATÉ A DATA DO VENCIMENTO. USUÁRIA QUE PERDEU O DIREITO AO BÔNUS PORQUE PAGOU A FATURA (2ª VIA) 15 (QUINZE) DIAS APÓS O VENCIMENTO EM RAZÃO DE NÃO TER SIDO ENTREGUE A PRIMEIRA VIA. DEVER DE ENVIAR A FATURA ATÉ 5 (CINCO) DIAS ANTES DO DIA DO VENCIMENTO QUE INCUMBIA À PRESTADORA DO SERVIÇO. ART. 38 DA RESOLUÇÃO N. 316, DE 27.9.2002, DA ANATEL. AUSÊNCIA DE PROVA DA ENTREGA DA CONTA À USUÁRIA. ÔNUS QUE RECAI SOBRE A CONCESSIONÁRIA. ART. 333, INCISO II, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. OBRIGAÇÃO DE PAGAR O BÔNUS QUE É DEVIDA, OBSERVANDO-SE NO CÁLCULO DO VALOR O CRITÉRIO PREVISTO NO REGULAMENTO DA PROMOÇÃO. FATURA PAGA 2 (DOIS) DIAS DEPOIS DA DATA DO VENCIMENTO, QUANDO ESTE OCORREU EM UM DOMINGO E O DIA SEGUINTE FOI FERIADO, QUE TAMBÉM CONFERE DIREITO AO BÔNUS. BLOQUEIO DO SERVIÇO TELEFÔNICO

REALIZADO ANTES DO PRAZO DE VENCIMENTO DA FATURA, PRORROGADO DIANTE DO ATRASO NO ENVIO À USUÁRIA, E SEM QUALQUER AVISO, VIOLANDO O DISPOSTO NO § 1º DO ART. 44 DA RESOLUÇÃO N. 316/2002 DA ANATEL. DANO MORAL CONFIGURADO. DEVER DE INDENIZAR. ARBITRAMENTO DO VALOR. PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. MAJORAÇÃO DO MONTANTE QUE É DEVIDO. ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA, A PARTIR DESTA DATA, COM A INCIDÊNCIA DA TAXA SELIC, QUE ENGLOBA JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA. SÚMULA N. 362 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

1. A promoção "pula-pula" confere ao usuário que paga a fatura telefônica na data do vencimento um bônus a ser creditado na conta do mês subsequente. E, considera-se pagamento tempestivo, aquele realizado até 5 (cinco) dias após o recebimento da segunda via se a primeira não foi entregue antes do vencimento inicial, bem ainda o que foi feito 2 (dois) dias depois do vencimento se este deu-se em um domingo e o dia seguinte foi feriado.

2. A concessionária que bloqueia o serviço de telefonia móvel, ignorando que o atraso no pagamento da fatura deu-se porque não a enviou ao usuário antes do seu vencimento, conforme determina a resolução de regência, sujeita-se ao pagamento de indenização por danos morais.

3. O valor da indenização por dano moral será encontrado por arbitramento judicial, à luz das particularidades do caso concreto, pautando-se o julgador, na tarefa, pelos critérios da razoabilidade e da proporcionalidade.

4. "A correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento." (súmula n. 362 do Superior Tribunal de Justiça).

5. Os juros da mora são contados segundo a variação da Taxa Selic, que engloba, também, a correção monetária.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível n. 2006.045403-6, da comarca de Lages (1ª Vara Cível), em que é apelante Pandolfo Madeiras Ltda., e apelada 14 Brasil Telecom Celular S. A.:

ACORDAM, em Quarta Câmara de Direito Público, à unanimidade, dar provimento parcial ao recurso interposto pela concessionária de serviço público e dar provimento ao apelo da consumidora. Custas legais.

RELATÓRIO

Pandolfo Madeiras Ltda. ajuizou "ação de danos morais c/c pedido de restituição valores" contra a Brasil Telecom Celular S. A. sob a alegação de que, no dia 4-1-2005, celebrou com a requerida contratos para a utilização do sistema celular GSM empresarial, participando da promoção "pula pula", pela qual o valor do serviço telefônico utilizado no mês, pago até a data do vencimento, é convertido em crédito na fatura do mês seguinte. Em um dos contratos, recebeu 3 (três) números de telefone, sendo o piloto o de n. (49) 84082770, e no outro, 17 (dezesete) números, tendo como piloto o n. (49) 84035429. No mês de junho de 2005, não foi enviada até a data do vencimento a fatura relativa aos números do grupo (49) 84035429, o que resultou na perda do desconto promocional, apesar do pagamento posterior realizado mediante segunda via. Tal fatura, aliás, cobrou novamente o valor já pago em relação aos três telefones do grupo (49) 84082770. Ainda assim, a requerida, sem qualquer aviso, bloqueou os dezessete telefones do grupo (49) 84035429, provocando inúmeros transtornos. Disse, também, que embora a fatura do mês de agosto, com vencimento em 14-8-2005 (domingo), ter sido quitada no prazo autorizado

pelo Código Civil (fez-se o pagamento na data de 16-8-2005 em razão do dia anterior ser feriado municipal), não foi concedido o desconto a que tinha direito, sendo cobrado o valor integral da fatura no mês de setembro. Portanto, em virtude do bloqueio indevido dos telefones, da cobrança em duplicidade, da situação vexatória imposta aos seus motoristas de caminhão, que perderam o contato com a sede da empresa, e porque teve a sua imagem abalada perante terceiros, "dando azo a ser chamada de má pagadora", busca a condenação da requerida no pagamento de indenização a título de dano moral e na restituição dos valores cobrados a maior, estes na importância de R\$ 3.115,16 (três mil, cento e quinze reais e dezesseis centavos), acrescida de correção monetária pelo INPC e de juros à taxa de 1% (um por cento) ao mês.

Citada (fl. 38), a requerida ofereceu contestação (fls. 39/64), alegando que: 1) a autora, de fato, é usuária dos seus serviços de telefonia desde 27-12-2004, possuindo 25 (vinte e cinco) números de celular ativos; 2) o direito ao bônus da promoção "pula-pula" depende do pagamento da fatura telefônica até a data do vencimento, o que não ocorreu, no caso concreto, em relação às faturas com vencimento em 14-6-2005, paga no dia 29-6-2005, e 14-8-2005, quitada em 16-8-2005; 3) os serviços "Messenger, m-encontra, quizz, Sr. da guerra, torpedo Chat, e-mail, sons, papel de parede, notícias, jogos, portal de voz, piadas, downloads no geral", "as ligações LDN/LDI com CSP 14, originadas fora da área de autorização da BRT GSM" e as recebidas a cobrar, não são abrangidos pela promoção; 4) não há prova do atraso no envio da fatura telefônica e, ainda que a autora não a tivesse recebido, a responsabilidade incumbe unicamente à empresa encarregada do transporte das faturas; 5) o valor cobrado nas faturas de telefone é o devido se a autora não demonstrou que os serviços deixaram de ser prestados e 6) o ônus da prova cabe a quem afirma a existência do fato, o que não foi satisfeito pela autora.

Após a impugnação à contestação (fls. 66-67), sobreveio a sentença (fls. 68-73), proferida pelo digno magistrado Flávio André Paz de Brum nos seguintes termos:

JULGO PROCEDENTE, em parte, o pedido formulado por PANDOLFO MADEIRAS LTDA na ação de indenização por danos morais c/c pedido de restituição de valores (n. 039.05.015390-9) contra Brasil Telecom Celular S.A. no que condeno a empresa requerida ao pagamento da indenização, a título de danos morais, no valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), em favor da autora, acrescido de juros legais a contar da data da sentença, como correção monetária, e pelos índices oficiais. Além disso, deverá restituir à autora os valores correspondentes ao bônus pula pula do mês de junho/05, de R\$ 1.198,72 e do mês de agosto R\$ 1.307,06. Condeno-a ainda ao pagamento das custas e honorários advocatícios equivalentes a 20% sobre o valor da condenação (grifado no texto original).

Irresignada, a autora interpôs recurso de apelação cível (fls. 78/87) com o único propósito de majorar o valor arbitrado a título de danos morais, sugerindo a quantia de 50 (cinquenta) vezes a importância cobrada a maior pela requerida (R\$ 3.115,15), corrigida monetariamente pelo INPC e acrescida de juros à taxa de 1% (um por cento) ao mês, a partir da citação.

Inconformada, a requerida também interpôs recurso de apelação cível (fls. 89-110), voltando a insistir que: 1) a autora não tinha direito ao bônus da promoção "pula-pula" em relação às faturas que não foram quitadas na data do vencimento (meses de junho e agosto de 2005); 2) não era responsável pelo envio das faturas telefônicas e 3) é indevida sua condenação no pagamento de danos morais ou, quando menos, o valor fixado deverá ser reduzido à quantia de R\$ 1.000,00 (um mil reais). Pleiteou, ainda, o prequestionamento de dispositivos legais relacionados à matéria debatida.

A autora apresentou resposta, arguindo a deserção do apelo da requerida, porque não foi exibida a segunda guia de pagamento do pro-

protocolo unificado (fls. 115-119). A seguir, os autos vieram a esta Corte. A Primeira Câmara de Direito Civil não conheceu do recurso e determinou a sua redistribuição ao órgão competente (fls. 123-131).

VOTO

Esclareça-se, desde logo, que o recurso de apelação cível interposto pela requerida não é deserto. O recolhimento do porte de remessa do protocolo unificado foi comprovado (fl. 109), sendo observados os arts. 71 e 72 do Código de Normas da Corregedoria Geral de Justiça, na redação conferida pelo Provimento n. 1, de 18-1-2005:

Art. 71. O distribuidor, ao receber as petições e/ou autos dirigidos a outros foros do Estado, expedirá três fichas: a primeira será entregue ao interessado; a segunda acompanhará a petição e/ou autos, sendo devolvida pelo órgão destinatário, devidamente chancelado o recebimento; e a terceira será utilizada para comunicação ao juízo destinatário, via correio eletrônico.

[...]

Art. 72. A petição e/ou autos somente serão recebidos na comarca remetente à vista do comprovante de pagamento das despesas de postagem, realizado por meio de guia de recolhimento (ou no dia seguinte, caso encerrado o expediente bancário), e será remetida ao juízo destinatário pelo sistema de malotes, no prazo de vinte e quatro horas.

[...].

A autora, em 10-12-2004, celebrou com a requerida 2 (dois) contratos de prestação de serviços de telefonia móvel pessoal, sendo um de n. 711.931.585-5, relativo ao telefone n. (49) 8403-5429, e outro de n. 712.012.148-1, relativo ao telefone n. (49) 8408-2770, ambos "pilotos" de outros números de telefone (fls. 24-30). O dia 14 (quatorze) foi eleito para o vencimento e optou-se pelo envio da fatura detalhada (fatura, nota fiscal e detalhamento), sem autorização para o débito automático (fl. 31).

No termo de adesão ao plano de serviços "Brasil empresas", fez-se a observação de que a autora participaria da promoção "pula-pula" (fl. 30), que possui, segundo a requerida, as seguintes características:

1 — O plano PULA-PULA para planos pós pagos é composto de um ciclo BIMENSAL, composto por períodos de APURAÇÃO e CONCESSÃO:

1.1 – CICLO DE APURAÇÃO – são computados os consumos dos serviços que apuram o desconto pula-pula a ser aplicado no mês subsequente.

1.2 – CICLO DE CONCESSÃO – os descontos apurados no ciclo de APURAÇÃO são concedidos sobre os serviços que têm o desconto do PULA-PULA.

2 — "O Bônus somente é concedido para os clientes que se mantiverem adimplentes, pagando as faturas sem atraso, até o dia do vencimento, para poder usufruir o benefício pula-pula no pós pago, sempre que ocorre um atraso ou inadimplência, o cliente perde um ciclo completo de pula-pula, ou seja, perde um ciclo de apuração e concessão" (grifado no texto original) (fl. 41).

Disse a requerida, ainda, acerca do cálculo do bônus, que:

Não serão computados para apurar bônus no pula-pula: **Messenger, m-encontra, quizz, Sr. da guerra, torpedo Chat, e-mail, sons, papel de parede, notícias, jogos, portal de voz, piadas, downloads no geral.**

3 – Quanto às ligações longa distância nacional e internacional, as mesmas deverão ser pagas todos os meses. As mesmas poderão apurar o bônus e PULA-PULA, se for utilizado o CSP 14, desde que originadas dentro da área de autorização da BRT GSM. Esta apuração de bônus é feita individualmente sobre cada acesso móvel, sendo a concessão aplicada também individualmente. As ligações LDN/LDI com CSP 14, originadas fora da área de autorização da BRT GSM não apuram bônus de pula-pula. Se recebidas a cobrar, também não apuram o bônus. (Grifado no texto original) (fl. 43).

De fato, no regulamento da promoção "pula-pula", que teve início a partir do dia 26.9.2004 (Disponível em: <<http://www.inf.ufsc.br/~silver/>

brt/ Regulamento_Pula_Pula-ANTIGO.pdf>. Acesso em: 9 mar. 2009), constava:

2. Das Condições de Participação

2.1. O Pula-Pula será válido apenas para os primeiros 400.000 (quatrocentos mil) celulares habilitados pela BRASIL TELECOM GSM, a partir da data determinada no item 1.3. deste regulamento.

2.2. Poderão participar do Pula-Pula os clientes que aderirem ao Plano Básico ou a um dos seguintes Planos Alternativos de Serviço da BRASIL TELECOM GSM:

2.2.1. Pós Pagos

(i) Brasil Conta;

(ii) Brasil Controle; ou

(iii) Brasil Empresa.

2.2.2. Pré Pago Brasil Cartão.

2.3. As condições do Pula-Pula estarão diretamente vinculadas ao código de acesso ('número') do cliente.

2.4. O cliente deverá estar adimplente com suas obrigações junto a BRASIL TELECOM GSM, ou seja, deverá pagar sua conta telefônica mensal até a data do vencimento, nos casos do Plano Básico e dos Planos Alternativos Pós Pagos Brasil Conta, Brasil Controle e Brasil Empresa, ou manter os créditos ativos no caso do Plano Pré-Pago Brasil Cartão.

2.5. As hipóteses de bloqueio parcial e de bloqueio total dos serviços prestados pela BRASIL TELECOM GSM por inadimplência acarretarão a suspensão do benefício do Pula-Pula até que o cliente quite suas obrigações com a BRASIL TELECOM GSM.

[...]

3.3. Da Concessão do Bônus nos Planos Brasil Conta, Brasil Empresa e Plano Básico

3.3.1. O ciclo de concessão de bônus será sempre alternado, ou seja, no primeiro mês o cliente paga a fatura e no mês seguinte terá direito ao bônus calculado conforme item 3.1.1., para utilizar gratuitamente

os serviços mencionados no item 3.3.2. abaixo. No terceiro mês, o cliente volta a pagar a fatura integralmente para ter direito à concessão do bônus no quarto mês e assim sucessivamente.

3.3.2. O bônus do Pula-Pula poderá ser utilizado nos serviços prestados pela BRASIL TELECOM GSM, ou seja, no serviço móvel pessoal e nos serviços de dados Torpedo e Torpedo Multimídia, e acesso ao WAP/GPRS, quando utilizados dentro da área de cobertura da BRASIL TELECOM GSM.

3.3.3. Excluem-se da utilização do bônus a realização das chamadas de longa distância nacional e/ou internacional realizadas através do CSP 14 ou através do CSP de outras operadoras.

[...]

3.5.2. Na periodicidade do cálculo do bônus do Pula-Pula serão considerados os valores constantes da conta telefônica mensal no primeiro mês, no terceiro mês e assim sucessivamente cujos meses serão denominados como 'meses de apuração' para a concessão do bônus.

3.5.3. No segundo, quarto, sexto mês em seguida não serão considerados para o cálculo e concessão do referido bônus os valores constantes da conta telefônica mensal, pois os meses indicados serão considerados como meses de concessão do bônus do Pula-Pula.

3.5.4. Após o término do bônus do Pula-Pula, as chamadas e serviços utilizados serão tarifados segundo o Plano de Serviço contratado pelo cliente.

3.5.5. Os bônus do Pula Pula conferidos através do Plano Básico, dos Planos Brasil Conta, Brasil Controle e Brasil Empresa não serão cumulativos para o próximo mês. (Grifado no texto original).

Em relação ao critério utilizado para o cálculo, dispunha:

3.1. Do Cálculo do Bônus dos Planos Brasil Conta, Brasil Empresa e do Plano Básico

3.1.1. a. Serão considerados para o cálculo do bônus, nos Planos Brasil Conta e Brasil Empresa, os valores relativos às:

- (i) Franquia de minutos contratada;
- (ii) Chamadas locais excedentes;

(iii) Chamadas de longa distância, nacional e/ou internacional, realizadas através do Código de Seleção de Prestadora ("CSP") 14 da Brasil Telecom S.A.;

(iv) Torpedo e Torpedo Multimídia; e

(v) Acesso ao WAP/GPRS.

3.1.1.b. Serão considerados para o cálculo do bônus no Plano Básico, os valores relativos às:

(i) Assinatura mensal;

(ii) Chamadas locais;

(iii) Chamadas de longa distância nacional e/ou internacional, realizadas através do CSP 14 da Brasil Telecom S.A.;

(iv) Torpedo e Torpedo Multimídia;

(v) Acesso ao WAP/GPRS.

3.1.2. Excluem-se do cômputo do cálculo do bônus os valores relativos às:

(i) Chamadas realizadas com os CSPs de outras operadoras e;

(ii) Chamadas realizadas fora da área de cobertura da BRASIL TELECOM GSM.

3.1.3. O bônus do Plano Básico, dos Planos Brasil Conta e Brasil Empresa será calculado através do valor total, incluindo tributos, da conta telefônica mensal referente à utilização, pelo cliente, do serviço móvel pessoal e do serviço de dados mencionados no item 3.1.1. acima prestados pela BRASIL TELECOM GSM, além do serviço telefônico fixo comutado, na modalidade de longa distância nacional e internacional prestado pela Brasil Telecom S.A. (através do CSP 14). (Grifado no texto original).

Assim, em resumo, a autora somente teria direito ao bônus da promoção "pula-pula" no mês subsequente se, no anterior, tivesse realizado o pagamento da fatura telefônica até a data do vencimento; o bônus seria pago de forma alternada (em um mês receberia o bônus e, no outro, não)

e, no cálculo do seu valor, seriam considerados apenas os serviços admitidos pelo regulamento.

A autora afirma que não recebeu a fatura relativa ao mês de junho de 2005, correspondente ao Contrato n. 711.931.585-5 (telefone n. 49 8403-5429), até a data do vencimento (14-6-2005), o que impossibilitou o pagamento tempestivo, vindo a fazê-lo somente em 29-6-2005, após a emissão da 2ª via (fl. 20). Por conta disso, não lhe foi deferido o bônus promocional a que teria direito na fatura do mês seguinte, com vencimento em 14.7.2005 (fl. 18), além de sofrer bloqueio parcial das linhas, a partir de 29.6.2005.

Com efeito, a Resolução n. 316, de 27-9-2002, da Anatel (Agência Nacional de Telecomunicações), que regulamenta o serviço de telefonia móvel pessoal, atribui à prestadora do serviço de telefonia o dever de entregar o documento de cobrança aos seus usuários até 5 (cinco) dias antes da data do vencimento:

Art. 38. A entrega do documento de cobrança ao Usuário, constituído de demonstrativos e faturas dos serviços prestados, deve ocorrer pelo menos 5 (cinco) dias antes do seu vencimento.

§1º Os documentos de cobrança devem ser apresentados de maneira clara, explicativa e indevassável discriminando o tipo e a quantidade de cada serviço prestado ao Usuário.

§2º A prestadora pode lançar no documento de cobrança, desde que de forma clara e explícita, os valores devidos em função da exploração de serviços de valor adicionado, bem como de outras comodidades ou facilidades relacionadas com o serviço autorizado.

§3º A inclusão, na cobrança, de qualquer valor devido que não decorra da prestação de serviços de telecomunicações, depende de prévia autorização do Usuário.

§4º A prestadora deve oferecer ao Usuário no mínimo seis possíveis datas para efetuar seus pagamentos mensais.

§5º Havendo concordância do Usuário, os demonstrativos e faturas do serviço de duas ou mais Estações Móveis podem ser apresentados em um único documento de cobrança, agrupando seus Códigos de Acesso.

A requerida, por sua vez, não comprovou a entrega da fatura no prazo previsto no regulamento, ônus que lhe incumbia, diante da inversão do ônus probatório que é assegurado à autora/consumidora pelo Código de Defesa do Consumidor (art. 6º, inciso VIII), não sendo olvidada a circunstância de que ao autor não se poderia impor a feitura da prova do fato negativo (prova diabólica). Mas a concessionária, vê-se da prova autuada, limitou-se a responsabilizar os correios pelo atraso na entrega, o que não foi demonstrado, tampouco justificaria o descumprimento do prazo regulamentar.

Não se ignora que autora tinha ciência da data do vencimento da fatura telefônica (trata-se de despesa mensal) e, no dia 24.6.2005 (fl. 22), foi informada por uma funcionária da casa lotérica do seu valor (R\$1.198,72). Ainda assim, não poderia realizar o pagamento da fatura sem a exibição da respectiva fixa de compensação, uma vez que o valor superava o limite de R\$1.000,00 (um mil reais) imposto às unidades lotéricas para a quitação da conta apenas por meio da informação do número de telefone (Disponível em: <http://www1.caixa.gov.br/atendimento/canais_atendimento/loterias.asp>. Acesso em: 9 mar. 2009), tal qual assegurado pelo convênio firmado entre a requerida e a Caixa Econômica Federal (Disponível em: <http://www1.caixa.gov.br/imprensa/imprensa_release.asp?Codigo=100517&tipo_noticia=0>. Acesso em: 9 mar. 2009).

Então, se não foi possível, por culpa exclusiva da requerida, o pagamento da fatura do mês de junho de 2005, na data do seu vencimento, em razão da não-comprovação da entrega desta à autora no prazo de que trata o art.38, "caput", da Resolução n. 316/2002, impunha-se mesmo

o reconhecimento do direito ao bônus da promoção "pula-pula", o que deverá ser feito na forma do seu regulamento.

Ou seja, não necessariamente o valor pago na fatura do mês anterior será integralmente convertido em bônus no mês seguinte. A autora tem direito ao valor da bonificação que seria devida se fossem preenchidos todos os requisitos previstos na promoção, tal qual o critério de cálculo aplicado na época.

Em relação às contas telefônicas com vencimento para o dia 14-9-2005, relativas aos dois contratos de prestação de serviços (n. 711.931.585-5 e n. 712.012.148-1), também é devido o bônus promocional. Afinal, as faturas de telefone somente foram quitadas em 16-8-2005 (fls. 16/17) porque o vencimento deu-se em um domingo e o dia seguinte (15-8-2005) é feriado no Município de Lages (dia de Nossa Senhora dos Prazeres), conforme a informação obtida na página virtual do Poder Judiciário do Estado de Santa Catarina (Disponível em: <<http://www.tj.sc.gov.br/comarcas/feriados.htm>>. Acesso em: 9 mar. 2009). Em casos assim, nada convencionando as partes, é aplicável a regra contida no art. 132, §1º, do Código Civil:

Art. 132. Salvo disposição legal ou convencional em contrário, computam-se os prazos, excluído o dia do começo, e incluído o do vencimento.

[...]

§ 1º. Se o dia do vencimento cair em feriado, considerar-se-á prorrogado o prazo até o seguinte dia útil.

A propósito, esta Corte já decidiu:

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE CLÁUSULA CONTRATUAL, DANO MORAL CUMULADA COM CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO – AUSÊNCIA DE PROCURAÇÃO – PRELIMINAR EM CONTRA-RAZÕES AFASTADA – TELEFONIA MÓVEL – VENCIMENTO DA FATURA OCORRIDO NO DOMINGO – PAGAMENTO EFETUADO NO PRIMEIRO DIA ÚTIL – PERDA DO BENEFÍCIO

DENOMINADO “PULA-PULA”, COBRANÇA DE VALORES INDEVIDOS NO MÊS POSTERIOR E BLOQUEIO INJUSTO DA LINHA – ATO ILÍCITO PRATICADO – ABALO MORAL CONFIGURADO – DEVER DE INDENIZAR – QUANTUM INDENIZATÓRIO – OBEDIÊNCIA AOS PARÂMETROS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE – RECURSO DESPROVIDO

[...]

Responde pelos danos a empresa de telefonia que, não obstante o pagamento da fatura com vencimento no domingo no primeiro dia útil subsequente pelo consumidor, em consonância ao disposto no § 1º do artigo 132 do Código Civil, impõe a este a perda do benefício denominado 'Pula-Pula' com a conseqüente cobrança de valores indevidos na conta de telefone do mês posterior, além do injusto bloqueio para chamadas e envio de mensagens do seu celular.

[...]. (Apelação cível n. 2006.009268-5, de Aranguá, Terceira Câmara de Direito Civil, relator o desembargador Fernando Carioni, j. em 5-9-2006. Disponível em: <<http://www.tj.sc.gov.br>>. Acesso em: 9 mar. 2009).

O critério de cálculo do bônus também levará em conta aquele previsto no regulamento da promoção, e que seria aplicável acaso a requerida não tivesse indeferido o crédito por considerar a autora uma consumidora inadimplente.

Por último, impõe-se igualmente a condenação da requerida no pagamento de indenização a título de dano moral. A Resolução n. 316/2002, da ANATEL, prevê as situações que autorizam o bloqueio da linha telefônica e a necessidade de prévia comunicação da providência à consumidora:

Art. 43. O Usuário do SMP deverá receber aviso do não pagamento de débito, objeto de documento de cobrança de prestação de serviço, de periodicidade regular.

Parágrafo único. Todos os avisos de cobrança devem alertar para a existência de débito vencido e os prazos para suspensão parcial, suspensão total e cancelamento do serviço.

Art. 44. Havendo situação de inadimplência, a prestadora pode tomar as seguintes providências:

I — transcorridos 15 (quinze) dias do vencimento da conta de serviços: suspender parcialmente o provimento do serviço, com bloqueio das chamadas originadas e das chamadas terminadas que importem em débito para o Usuário;

II — transcorridos 15 (quinze) dias desde a suspensão parcial: suspender totalmente o provimento do serviço, inabilitando-o a originar e receber chamadas;

III — transcorridos 45 (quarenta e cinco) dias da suspensão total do provimento do serviço: desativar definitivamente a Estação Móvel do Usuário e rescindir o Contrato de Prestação do SMP.

§1º As providências previstas nos incisos I, II e III devem ser precedidas de aviso ao Usuário, comunicando-o:

I — do direito de receber o relatório detalhado de serviços;

II — da possibilidade, forma e prazo para contestação do débito;

III — da sanção a que está sujeito na ausência de contestação.

§2º É vedada a inclusão de registro de débito do Usuário em sistemas de proteção ao crédito antes da rescisão do Contrato de Prestação do SMP prevista no inciso III deste artigo.

§3º No caso de cobrança conjunta, as sanções somente podem atingir o provimento dos serviços na modalidade e prestadora em que for constatada a inadimplência do Usuário, dando-se continuidade normal à prestação das demais modalidades e prestações de serviço.

§4º O previsto no parágrafo anterior não se aplica quando o Usuário estiver inadimplente perante a sua Prestadora de SMP.

§5º É direito do Usuário, durante o período de suspensão parcial do serviço, originar chamadas destinadas aos serviços públicos de emergência previstos no art. 17.

A autora, no caso concreto, sofreu bloqueio parcial do serviço de telefonia móvel relativo ao Contrato n. 711.931.585-5 entre os dias 29 e 30 de junho de 2005 (fl. 54), em razão do pagamento da fatura ter ocor-

rido apenas na data de 29-6-2005 (fl. 20), ou seja, 15 (quinze) dias após o vencimento da conta (14-6-2005), conforme o disposto no art. 44, inciso I, da Resolução n. 316/2002, da Anatel.

Tal providência, contudo, somente poderia ser adotada se a prestadora do serviço tivesse informado o consumidor sobre o débito, advertindo-o dos prazos para a suspensão parcial, total e o cancelamento do serviço (art. 43 da Resolução n. 316/2002, da Anatel), o que não ocorreu (a requerida não exibiu prova deste fato, ônus que lhe incumbia a teor do art. 333, inciso II, do Código de Processo Civil). Mais, tendo o pagamento da dívida sofrido atraso por culpa exclusiva da requerida, conforme antes constatado, não houve a fluência do prazo de que trata o art. 44, inciso I, da Resolução n. 316/2002, tornando o bloqueio indevido.

Em situações assim, esta Corte já reconheceu o dano moral e a obrigação de indenizar:

RESPONSABILIDADE CIVIL. TELEFONIA MÓVEL. BLOQUEIO DE LINHA TELEFÔNICA POR EXCESSO DE CONSUMO. NÃO COMPROVAÇÃO DA CIÊNCIA DO USUÁRIO ACERCA DA POSSIBILIDADE DE SUSPENSÃO DOS SERVIÇOS, ASSIM COMO DO VALOR LIMITE DE CONSUMO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA (ART. 6º, VIII, CDC). FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. DANOS MORAIS PRESUMIDOS.

A empresa de telefonia celular é responsável pelos danos decorrentes de bloqueio indevido do aparelho do consumidor. Em casos tais, despidiendia maiores comprovações da ocorrência do dano moral, posto que de todos conhecidas as funestas implicações que a conduta ilícita perpetrada pela operadora acarreta aos seus clientes.

QUANTUM INDENIZATÓRIO. MINORAÇÃO. POSSIBILIDADE À VISTA DOS CRITÉRIOS DE RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

"Na fixação do valor da condenação por dano moral, deve o julgador atender a certos critérios, tais como nível cultural do causador do

dano; condição sócio-econômica do ofensor e do ofendido; intensidade do dolo ou grau da culpa (se for o caso) do autor da ofensa; efeitos do dano no psiquismo do ofendido e as repercussões do fato na comunidade em que vive a vítima." (STJ, Resp. n. 355392/RJ, rel. Min. Castro Filho) (Apelação Cível n. 2007.037178-0, de São José, Terceira Câmara de Direito Civil, relatora a Des. Maria do Rocio Luz Santa Ritta, j. em 8-4-2008. Disponível em: <<http://www.tj.sc.gov.br>>. Acesso em: 9 mar. 2009).

E, ainda:

DIREITO CIVIL – OBRIGAÇÕES – RESPONSABILIDADE CIVIL — INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – SERVIÇO DE TELEFONIA – BLOQUEIO INDEVIDO DE LINHA TELEFÔNICA – PROCEDÊNCIA NO JUÍZO A QUO – INCONFORMISMO DA RÉ — QUANTUM INDENIZATÓRIO EXCESSIVO – REDUÇÃO – ADEQUAÇÃO AO BINÔMIO RAZOABILIDADE/ PROPORCIONALIDADE – RECURSO PROVIDO – SENTENÇA REFORMADA NO *QUANTUM*.

Em reparação por dano moral o quantum fixado não possui caráter punitivo e não estando o mesmo em patamar subordinado ao binômio razoabilidade/proportionalidade, reduz-se o valor reparatório. (Apelação Cível n. 2006.018870-4, da Capital/ Estreito, Quarta Câmara de Direito Civil, relator o Des. Monteiro Rocha, j. em 28-2-2008. Disponível em: <<http://www.tj.sc.gov.br>>. Acesso em: 9 mar. 2009).

A quantia arbitrada na sentença a título de indenização por danos morais (R\$ 2.000,00), contudo, está a merecer reparo. É cediço, a partir da aplicação de regras de experiência comum, autorizada pelo art. 335 do Código de Processo Civil, que o bloqueio do serviço telefônico provoca inúmeros transtornos aos usuários, ainda mais quando se trata de empresa que precisa manter contato constante com os funcionários (motoristas de caminhão) para o exercício regular de suas operações. Em casos assim, um único dia de suspensão do serviço é o suficiente para prejudicar a eficiência da empresa e abalar a sua imagem perante funcionários e clientes.

Na fixação do montante indenizatório, tem-se levado em consideração, dentre outros fatores, a situação financeira do ofendido e do ofensor, a maior ou menor repercussão do ato lesivo, não se olvidando da advertência do desembargador Jaime Ramos:

[...] A indenização dos danos morais deve levar em conta os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, para que signifique uma reprimenda ao ofensor, sem gerar um enriquecimento indevido ao ofendido, daí porque devem ser sopesados, sob a égide da experiência e do bom senso, o grau da culpa, a gravidade da ofensa, a extensão do dano e as realidades econômicas e sociais de cada uma das partes, de acordo com o caso concreto. [...] (Apelação Cível n. 2006.007543-8, de Blumenau, Quarta Câmara de Direito Público, relator o Des. Jaime Ramos, j. em 16-10-2008. Disponível em: <<http://www.tj.sc.gov.br>>. Acesso em: 9 mar. 2009).

No mesmo sentido:

[...] 1. Consoante a iterativa jurisprudência desta Corte, "O valor da indenização por dano moral sujeita-se ao controle do STJ, sendo certo que, na fixação da indenização a esse título, recomendável que o arbitramento seja feito com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao nível socioeconômico dos autores e, ainda, ao porte econômico dos réus, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso" (REsp n. 214.381-MG, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU de 29-11-1999). [...] (Recurso Especial n. 680207, do Pará, Quarta Turma, relator o Min. Carlos Fernando Mathias, j. em 21-10-2008. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 9 mar. 2009).

Dessa forma, com base nos critérios da razoabilidade e da proporcionalidade, chega-se à conclusão de que o pleito da autora deve, sim, ser provido para elevar o valor da indenização, fixando-a no importe de R\$ 4.000,00 (quatro mil reais). Igual orientação foi encontrada no julgamento da Apelação Cível n. 2007.037178-0, de São José, pela Terceira Câmara de

Direito Civil, em data de 8-4-2008, conforme se extrai do voto proferido pela digna Des. Maria do Rocio Luz Santa Ritta:

No que tange à quantificação dos danos morais, consabido que, ante a ausência de parâmetros positivos para a fixação do *quantum* indenizatório, os critérios para seu arbitramento são encontrados por meio do cotejo da situação econômica da vítima e do autor, da gravidade da situação, bem como do grau de culpa verificado na conduta ilícita.

Neste sentido, extrai-se da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

“Na fixação do valor da condenação por dano moral, deve o julgador atender a certos critérios, tais como nível cultural do causador do dano; condição sócio-econômica do ofensor e do ofendido; intensidade do dolo ou grau da culpa (se for o caso) do autor da ofensa; efeitos do dano no psiquismo do ofendido e as repercussões do fato na comunidade em que vive a vítima” (STJ, REsp. n. 355.392/RJ, rel. Min. Castro Filho).

O exame daqueles parâmetros à luz do caso concreto evidencia que o valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) fixado pelo juízo a quo se revela exacerbado, não atendendo adequadamente as finalidades punitiva e reparatória do instituto. Considerando que não foram demonstrados prejuízos maiores e o bloqueio se deu por período reduzido de tempo, a quantia de R\$ 6.000,00 (seis mil reais) mostra-se suficientemente reparatória sem, no entanto, dar ensejo ao enriquecimento sem causa do lesado.

Isto posto, dou provimento parcial ao recurso tão-somente para reduzir o *quantum* indenizatório para R\$ 6.000,00 (seis mil reais). (Disponível em: <<http://www.tj.sc.gov.br>>. Acesso em: 9 mar. 2009).

A partir desta data, o valor da indenização sofrerá a incidência da Taxa Selic, que engloba os juros de mora e a correção monetária, conforme é a compreensão que se extrai do art. 406 do Código Civil de 2002 e a orientação que vem do Superior Tribunal de Justiça:

CIVIL. JUROS MORATÓRIOS. TAXA LEGAL. CÓDIGO CIVIL, ART. 406. APLICAÇÃO DA TAXA SELIC.

1. Segundo dispõe o art. 406 do Código Civil, "Quando os juros moratórios não forem convencionados, ou o forem sem taxa estipulada, ou quando provierem de determinação da lei, serão fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional".
2. Assim, atualmente, a taxa dos juros moratórios a que se refere o referido dispositivo é a taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia — SELIC, por ser ela a que incide como juros moratórios dos tributos federais (arts. 13 da Lei n. 9.065/95, 84 da Lei n. 8.981/95, 39, § 4º, da Lei n. 9.250/95, 61, § 3º, da Lei n. 9.430/96 e 30 da Lei n. 10.522/02).
3. Embargos de divergência a que se dá provimento. (Embargos de divergência em Recurso Especial n. 727.842, de São Paulo, relator o Min. Teori Albino Zavascki, j. em 8-9-2008. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 9 mar. 2009).

E não pode ser desconsiderado o teor da súmula n. 362 do Superior Tribunal de Justiça, em relação ao marco inicial para a atualização do valor arbitrado: "a correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento".

Com estas considerações, o recurso de apelação interposto pela requerida é provido em parte, determinando-se que o valor do bônus da promoção "pula-pula" seja calculado conforme os critérios do regulamento de regência, e o apelo da autora é provido para majorar o valor da indenização, arbitrando-a na quantia de R\$ 4.000,00 (quatro mil reais), com incidência da Taxa Selic, na forma da Súmula 362 do STJ. A autora sucumbiu em parte mínima do pedido inicial, o que autoriza a aplicação da regra contida no parágrafo único do art. 21 do Código de Processo Civil, mantendo-se o ônus da sucumbência imposto na sentença.

Por último, e apenas evitando a equivocada e desnecessária interposição de embargos de declaração, ou mesmo aqueles para fins de prequestionamento, afirma-se a ausência de violação: 1) do art. 5º, inciso X, da Constituição Federal; 2) do art. 186 do Código Civil; 3) dos arts. 4º e 5º

da Lei de Introdução ao Código Civil (LICC) e 4) do art. 21, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

DECISÃO

Ante o exposto, a Quarta Câmara de Direito Público, à unanimidade, dá provimento parcial ao recurso interposto pela concessionária de serviço público e dá provimento ao apelo da consumidora.

O julgamento, realizado no dia 12 de março de 2009, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Cláudio Barreto Dutra, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Jaime Ramos.

Florianópolis, 17 de março de 2009.

Jânio Machado

RELATOR

Apelação cível n. 2007.056461-5, da Capital

Relator: Des. Subst. Jânio Machado

APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO. AÇÃO ORDINÁRIA. SERVIDORA PÚBLICA ESTADUAL. DESVIO DE FUNÇÃO. TÉCNICO JUDICIÁRIO AUXILIAR NO EXERCÍCIO DO CARGO DE ESCRIVÃ DESIGNADA. PERCEPÇÃO DE GRATIFICAÇÃO ESPECÍFICA QUE OFENDE O PRINCÍPIO DA ISONOMIA. PAGAMENTO DA DIFERENÇA ENTRE A REMUNERAÇÃO PERCEBIDA E AQUELA DESTINADA À ESCRIVÃ JUDICIAL QUE SE IMPÕE NOS PERÍODOS EM QUE HOUE A PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 37, INCISO II, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL OU ÀS SUMULAS 339 E 685 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PRESCRIÇÃO APENAS DAS PRESTAÇÕES ANTERIORES AO QUINQUÊNIO QUE PRECEDEU O AJUIZAMENTO DA AÇÃO. ART. 1º DO DECRETO N. 20.910, DE 6-1-1932. CORREÇÃO MONETÁRIA PELO INPC. JUROS DE MORA À TAXA DE 6% (SEIS POR CENTO) AO ANO, CONTADOS DA CITAÇÃO JUDICIAL. ART. 219 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ISENÇÃO DAS CUSTAS JUDICIAIS.

1. A servidora designada para as funções de escritã judicial em vara criada sem a previsão do referido cargo deve perceber, na constância da prestação do serviço, remuneração idêntica àquela do ocupante do cargo efetivo, porque inexistem diferenças nas suas atribuições.

2. "Nas relações jurídicas de trato sucessivo em que a Fazenda Pública figure como devedora, quando não tiver sido negado o próprio direito reclamado, a prescrição atinge apenas as prestações

vencidas antes do quinquênio anterior a propositura da ação" (Súmula 85 do Superior Tribunal de Justiça).

3. A correção monetária, pelas dívidas oriundas de verbas remuneratórias devidas à servidora pública estadual, incide a partir do instante em que o pagamento deveria ter sido feito, adotando-se os índices de atualização contidos no Provimento n. 13/95 da Corregedoria-Geral da Justiça.

4. Nas ações ajuizadas após o advento da Medida Provisória n. 2.180-35, de 24-8-2001, os juros moratórios serão de 6% (seis por cento) ao ano, nos termos do art. 1º-F da Lei n. 9.494, de 10-9-1997, a hipótese que os autos reproduzem, sendo contados da citação judicial.

5. Vencida a Fazenda Pública, os honorários advocatícios devem ser fixados em 10% (dez por cento) do valor da condenação, atendendo à orientação desta Casa.

6. O Estado de Santa Catarina é isento do pagamento de custas judiciais e emolumentos.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível n. 2007.056461-5, da comarca da Capital (Unidade da Fazenda Pública), em que é apelante/apelada Lindalva Sasse e apelado/apelante Estado de Santa Catarina:

ACORDAM, em Quarta Câmara de Direito Público, à unanimidade, negar provimento aos recursos voluntários e ao reexame necessário. Custas legais.

RELATÓRIO

Lindalva Sasse ajuizou ação ordinária contra o Estado de Santa Catarina sob o fundamento de que é servidora do Poder Judiciário do Estado de Santa Catarina, lotada na comarca de Blumenau e titular do cargo de técnico judiciário auxiliar; em 22-12-1999, foi designada para exercer as funções do cargo de escrivã judicial, na qualidade de escrivã designada, percebendo, por consequência, "gratificação de 20% (vinte por cento) do nível 7, referência 'A', da tabela de vencimentos criada pela LC n. 90/93", que trata do Plano de Cargos e Salários do Poder Judiciário; tal contraprestação, porém, não se afigura justa, pois promove diferenças em relação à remuneração do escrivão judicial, apesar da igualdade de atribuições e responsabilidades; inexistente "qualquer razão de direito que justifique diferença de remuneração entre servidores que exercem rigorosamente as mesmas funções e que são acometidos do mesmo grau de responsabilidade", a razão do seu pedido de condenação do requerido à concessão de gratificação na importância correspondente à diferença entre o vencimento do seu cargo efetivo e o de escrivão judicial, nível 10, referência "A", bem ainda no seu respectivo pagamento retroativamente, desde a sua designação, com o acréscimo de correção monetária e juros legais. Requereu, ademais, a concessão do benefício da justiça gratuita (fls. 2-13).

O digno magistrado deferiu a gratuidade postulada (fl. 102) e, citado, o requerido ofereceu contestação argumentando com: 1) a prescrição do fundo de direito invocado, diante da rejeição, ainda que implícita, em 9-3-2000, do pleito administrativo formulado pela autora, de percepção dos vencimentos correspondentes aos de escrivão judicial; 2) a impossibilidade de acolhimento do pedido inicial, em face da "exigência constitucional de prévia aprovação em concurso público como requisito ao exercício de cargos, funções e empregos públicos e a percepção da remuneração correspondente", assim como porque é vedado ao "Judiciário, que não tem função legislativa, o aumento da remuneração de servidores públicos a

pretexto de isonomia"; 3) o fato de que o eventual desvio de função não daria margem à pretensão da autora, de alteração da sua remuneração ou de quaisquer direitos e benefícios inerentes ao cargo que titulariza e 4) a compensação de valores e a conseqüente exclusão do acréscimo remuneratório de 20% (vinte por cento) que a autora vem percebendo desde a sua designação para responder como escritã judicial, acaso acolhido o pedido inicial (fls. 105-110).

A autora impugnou a contestação (fls. 114-119), sobrevivendo manifestação do ínclito representante do Ministério Público, que disse da ausência de interesse público a tutelar e da desnecessidade da sua manifestação nos autos (fl. 121). Após, a digna magistrada determinou que se oficiasse "à Diretoria de Recursos Humanos, do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, para informar, no prazo de quinze dias, a decisão proferida nos Processos Administrativos n. 124263.1999.6, 126647.2000.0 e 131284-2000.7" (fl. 123), o que foi feito (fl. 124), sendo, em seguida, juntada "cópia dos despachos proferidos no 124263-1999.6" (fls. 125-130).

O digno magistrado proferiu sentença julgando parcialmente procedente o pedido para condenar o requerido no pagamento: 1) da diferença entre a remuneração percebida pela autora e os valores devidos caso fosse ela escritã judicial, afastado o período prescrito e alijados do cálculo as épocas em que a autora não trabalhou e 2) de honorários advocatícios arbitrados em 10% (dez por cento) do valor da condenação (fls. 131-135).

O requerido opôs embargos de declaração sustentando a existência de omissão na sentença, no que se refere à compensação de valores aventada por ocasião da contestação (fls. 139-140). O digno magistrado, porém, negou provimento aos embargos declaratórios (fl. 141).

Irresignada, a autora interpôs recurso de apelação pugnando pelo cômputo, no cálculo da condenação do requerido, das épocas em que não trabalhou (fls. 142-150). O requerido, por sua vez, também interpôs

recurso de apelação, em que repisou exatamente os mesmos argumentos da contestação (fls. 153-158).

Os apelos foram recebidos (fl. 159) e com a resposta do requerido (fls. 162-164), apesar do silêncio da autora (fl. 165), os autos vieram a esta Corte.

VOTO

Inicialmente, cumpre registrar a previsão constante da Constituição Federal:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

II — a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;

Outrossim, também não se ignora que "não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia", consoante dispõe a súmula n. 339 do Supremo Tribunal Federal.

Não bastasse, de acordo com a súmula n. 685 do Supremo Tribunal Federal, "é inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido".

Ocorre que, na hipótese, não se está a questionar a regularidade do enquadramento funcional da autora, mas, sim, a efetiva ocorrência do

desvio de função alegado, para o fim de apurar as respectivas conseqüências financeiras.

A autora, que é titular do cargo de técnico judiciário auxiliar, foi designada, em 22-12-1999, "para, na qualidade de ESCRIVÃ DESIGNADA, responder, a partir desta data, pelo Cartório da Vara da Fazenda Pública, Acidentes do Trabalho e Registros Públicos desta cidade e comarca de Blumenau" (fl. 17), percebendo, para tanto, gratificação especial, prevista no art. 85, inciso VIII, da Lei n. 6.745, de 28-12-1985, correspondente, nos termos do parágrafo único do art. 1º da resolução n. 27/98-GP, "a 20% (vinte por cento) sobre o nível 7, referência 'A', da tabela de vencimentos criada pela Lei Complementar n. 90, de 1º de julho de 1993, conforme previsto no artigo 34, item III, desta Lei".

É incontroverso, portanto, o desvio de função invocado pela autora, a razão porque se impõe, sim, o pagamento da diferença entre a remuneração por si percebida e aquela destinada à escritã judicial, o que, aliás, foi deferido pelo então presidente desta Corte, o Desembargador Pedro Manoel Abreu (fl. 130), acolhendo a manifestação do Diretor-Geral Administrativo no processo n. 124263-1999.6, que trata da "sistemática de pagamento de gratificação aos Escrivães Judiciais Designados":

Diversas Varas da Justiça de Primeiro Grau encontram-se desprovidas dos cargos de Escrivão Judicial em função do projeto do Tribunal de Justiça que objetiva a unificação dos cartórios judiciais em secretarias judiciais, com a conseqüente substituição do cargo de Escrivão Judicial pelo de Secretário. No entanto, até o momento, o projeto não foi implementado.

Assim, dada a necessidade de prover-se essas Varas de estrutura suficiente para execução dos serviços até que fosse viabilizada a nova estrutura pretendida, ficou estabelecida a designação de servidores para o exercício da função de Escrivão Judicial, com o pagamento de gratificação, no valor de 20 % (vinte por cento) do nível ANM-7/A.

A matéria tratada nestes autos já foi exaustivamente discutida, oportunidade em que se analisou dispositivos da Constituição Federal, bem como da Constituição Estadual, os quais preconizam o princípio da isonomia da remuneração aos servidores que desempenham atividade idêntica.

Nesse sentido, o art. 39, § 1º, I, da CF dispõe que a fixação dos padrões de vencimento e dos demais componentes do sistema remuneratório observará a natureza, o grau de responsabilidade e a complexidade dos cargos componentes de cada carreira.

De igual maneira, o art. 27, VI, da Constituição Estadual prevê que é direito do servidor público o recebimento da remuneração do titular quando em substituição ou designado para responder pelo expediente.

Nesses termos referido dispositivo:

"Art. 27. São direitos dos servidores públicos, além de outros estabelecidos em lei:

[...]

VI – remuneração do titular quando em substituição ou designado para responder pelo expediente;

[...]"

Assim, considerando-se as funções exercidas pela requerente, bem como pelos demais servidores em idêntica situação, qual seja, servidores designados para as funções do cargo de Escrivão Judicial nas Varas criadas sem a previsão de referido cargo, vê-se que não há qualquer diferença entre essas e as atribuídas aos ocupantes do cargo efetivo de Escrivão Judicial.

Deste modo, vislumbra-se uma desigualdade de tratamento entre servidores que exercem a mesma atividade, situação que é vedada pelos dispositivos acima referidos.

Assim, haja vista os fundamentos acima elencados, essa desigualdade restaria corrigida caso fosse alterada a forma de remuneração dos servidores em questão, nos termos do que foi requerido às fls. 126-132 e 139-141, concedendo-se a esses gratificação correspondente à diferença de seu cargo efetivo para o nível ANS-10/A.

Destaco, na oportunidade, que já foi atestada a existência de disponibilidade orçamentária e financeira para efetivação da presente despesa (fls. 151-152).

Ante o exposto, opino pela alteração na sistemática de remuneração dos servidores designados para as funções do cargo de Escrivão Judicial nas Varas desprovidas de tal cargo, pagando-se gratificação correspondente na diferença do cargo efetivo ocupado por esses para o nível ANS-10/A, nos termos do art. 85, VIII, da Lei n. 6.745/85.

Por fim, sugiro que a alteração acima referida produza efeitos a contar de 1º/04/2007, haja vista tratar-se de alteração no entendimento anteriormente adotado.

Saliente-se, por fim, que a alteração em questão não abrange os servidores referidos no art. 1º da Res. n. 27/98 – GP. (Fls. 127-129).

E, sendo assim, os recursos interpostos não merecem acolhimento, o que se faz pelas mesmas razões constantes da sentença, a seguir transcritas à guisa de fundamentos, com a vênia do digno magistrado Hélio do Valle Pereira e com fulcro no art. 150 do Regimento Interno desta Corte:

2. Os fatos são incontroversos.

A autora é titular do cargo de técnico judiciário auxiliar, de nível médio. Exerce, por longo período, as funções de escrivão (de nível superior).

Em face dessa situação, entende que faz jus à percepção da diferença entre a remuneração do cargo de provimento efetivo e aquele para o qual foi designada precariamente.

O réu, em oposição, sustenta que ela já recebe remuneração superior, mercê de especificação gratificação.

3. Firmo uma premissa – que até parece criticável, haja vista a simplicidade, mas em face da qual não encontro argumento desfavorável. É que não vejo lógica em remunerar servidores que desempenham iguais funções de forma diferente. A isonomia (outra afirmação evidente!) a tanto obsta.

Deve-se ainda ter presente que, mal ou bem, é comum no âmbito catarinense o funcionamento de unidades jurisdicionais à revelia da

previsão legal específica. Normas administrativa acabam criando, em termos fáticos, essas unidades. A Lei Complementar Estadual n. 230/2002, por exemplo, confirma essa circunstância (fls. 17), pois *convalidou* as regras do Tribunal de Justiça que haviam instalado Juizados Especiais.

Surge, então, uma hipótese de especial injustiça: lado a lado no Fórum, há (a) varas, por assim dizer, oficializadas, criadas por lei e devidamente instaladas a partir dos cargos a ela atrelados; (b) existem unidades derivadas somente de disciplinamento administrativo; (c) há varas criadas por lei, mas sem a integral estrutura de apoio. Externamente, porém, todas funcionam tal qual duas unidades regulares, atuando com absoluta identidade. Nas três situações, há escrivães, ainda que nos dois últimos casos caso em face de meras designações de servidores titulares de funções inferiores.

Como existe um descompasso entre essa realidade e a situação normativa, entendia a Administração que não pode haver o pagamento idêntico aos escrivães: haveria, caso contrário, reconhecimento da obrigação de satisfação de um vencimento que não está previsto em lei (o tal cargo de escrivão não tem previsão legal).

Há, de fato, irregularidade em tal procedimento. A vida funcional deve ser subserviente à lei; se não existe norma prevendo certa despesa, ela não pode ser feita.

Ocorre que esse quadro não é de responsabilidade do servidor, mas do Poder Judiciário. Em outros termos: quando fosse deliberado instalar uma nova unidade judiciária, primeiro deveria ser aprovado projeto de lei, inclusive com a previsão dos servidores auxiliares.

Invertida a seqüência, há de se reconhecer que há (repito) uma injustiça. Não é possível que dois servidores, atuando da mesma maneira, tenham remunerações desiguais. Pouco importa que um deles tenha cargo criado por lei e concurso específico; se o Estado reclama de ambos as mesmas tarefas, um deles está sendo objeto de trabalho despido de contraprestação suficiente.

6. Outro aspecto que deve ser abordado se vincula ao pagamento de gratificação específica pelo exercício da função de escrivão.

Mesmo que haja previsão legal para tanto, creio que a solução novamente agride a isonomia.

Ora, revivendo o mesmo pensamento de antes, se dois servidores fazem iguais tarefas, devem ter iguais ganhos, *tout court*. Caso seja paga gratificação ao substituto, ela não poderá ter um valor aleatório: deverá ser a mesma quantia que seria satisfeita ao substituído. Logo, a gratificação exposta no 34 da Lei Complementar 90/93 deve ser recebida com reservas.

7. A prescrição deve ser reconhecida quanto às parcelas vencidas há mais de cinco anos.

Não houve negativa de fundo de direito. Na época, houve reconhecimento apenas do direito àquela gratificação especial, sem renegar o prerrogativa ora discutida (fls. 15 a 20).

8. Os períodos em que a autora esteve afastada do serviço (férias e licença) também devem ser alijados dos cálculos, pois o que se tem em mira são verbas *propter laborem*, ou seja, dependentes do efetivo trabalho.

9. A dívida ora reconhecida deverá ser corrigida. Para tanto, os critérios de atualização monetária serão os ordinários, é dizer, aqueles empregados pela Corregedoria-Geral da Justiça: (ORTN: Abril/81 a Fevereiro/86, Lei n. 6.899/81 e Decreto n. 86.649/81; OTN: Março/86 a Janeiro/89, Decreto-lei 34 n. 2.284/86; BTN Fevereiro/89 a Maio/89, Lei n. 7.730/89 e Lei 7.777/89; IGP-M: Junho/89 a Maio/94, Res. n. 12/94-GP; Circ. 36/94 e Circ. 52/94; URV: Junho/94, Res. n. 12/94-GP; IPC-r: Julho/94 a Junho/95, Res. n. 12/94-GP e Circ. 32/95; INPC Julho/95 em diante, Provimto n. 13/95) (<http://www.tj.sc.gov.br/corregedoria/paginas/custas/resposta1.htm>).

Os juros de mora, cuidando-se de dívida ilíquida, fluirão da citação (art. 405 do Código Civil), mas na razão de meio por cento ao mês (art. 1º-F da Lei n. 9.497/97).

Por fim, destaco que entendo inaplicável a taxa SELIC (art. 406 do Código Civil). Vou, desse modo, pelo entendimento que prepondera na doutrina, aplicando, em conjunto com o mencionado art. 406 do Código Civil o art. 161 do Código Tributário Nacional (Judith-Martins Costa, *Comentários ao Novo Código Civil*, v. IV, t. II, Forense, 2003, p. 374-375; Luiz Antônio Scavone, Scavone, *Juros no Direito Brasileiro*, RT, 2003, p. 77-80; Fábio Ulhoa Coelho, *Curso de Direito Civil Brasileiro*, v. II, Saraiva, 2004, p. 182-183).

Assim, julgo parcialmente procedente o pedido para condenar o réu ao pagamento da diferença entre a remuneração percebida pela autora e os valores aos quais faria jus, fosse ela escritvã judicial – afastado o período prescrito e alijados do cálculo as épocas em que a autora não trabalhou.

Condeno-o, ainda, ao pagamento de honorários advocatícios, que arbitro em dez por cento daquele valor.

Sem custas finais (grifo no original) (fls. 131-135).

Acrescenta-se ao exposto, ainda, os termos da decisão que negou provimento aos embargos declaratórios opostos pelo requerido:

Entendo que não houve a alegada omissão – suposta falta de referência à compensação.

Na parte dispositiva a condenação frisou que abarcaria a diferença entre a remuneração percebida e os valores aos quais faria jus. Quer dizer, para chegar à quantia devida haverá uma subtração de todos os ganhos que efetivamente foram auferidos e aqueles que eram merecidos. A gratificação já obtida pela autora está incluída naquela designação (grifo no original) (fl. 141).

Não custa enfatizar, como bem consignou o digno magistrado sentenciante, a necessária observância ao Decreto n. 20.910, de 6.1.1932:

Art. 1º — As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem.

Assim, a despeito do exercício do cargo de escritvã designada desde 22-12-1999 (fl. 17 e fl. 27), porque a presente ação só foi ajuizada em 19-5-2006 (fl. 2-v), os valores devidos à autora somente poderão retroagir 5 (cinco) anos, isto é, deverão ser apurados a partir de 19-5-2001.

As parcelas vencidas serão acrescidas de correção monetária pelo INPC, desde a data em que deveriam ter sido pagas, de acordo com o Provimento n. 13/95 da Corregedoria-Geral da Justiça.

Os juros de mora, por sua vez, serão contados desde a data da citação judicial, em respeito ao art. 219, *caput*, do Código de Processo Civil, sendo calculados à taxa de 6% (seis por cento) ao ano, conforme determinação do art. 1º-F da Lei n. 9.494, de 10-9-1997, com a redação introduzida pela Medida Provisória n. 2.180-35, de 24-8-2001, pois a ação foi ajuizada após o seu advento, seguindo a orientação que vem do Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO AO 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA. SERVIDOR PÚBLICO. LEIS N. 8.622/93 E 8.627/93. REAJUSTE DE 28,86%. PRESCRIÇÃO DO FUNDO DO DIREITO. NÃO-OCORRÊNCIA. PRESTAÇÕES DE TRATO SUCESSIVO. SÚMULA 85 STJ. EXTENSÃO AOS MILITARES BENEFICIADOS COM ÍNDICES MENORES. POSSIBILIDADE. JUROS DE MORA. ART. 1º-F DA LEI N. 9.494/97 ART. 538, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC. MULTA. DESCABIMENTO.

[...]

4. Proposta a ação após a vigência da Medida Provisória n. 2.180-35, de 24 de agosto de 2001, que acrescentou o art. 1º-F ao texto da Lei n. 9.494/97, os juros de mora devem ser fixados no percentual de 6% ao ano. Precedentes da Corte. [...]. (Recurso especial n. 885.424, do Paraná, Sexta Turma, relator Ministro Carlos Fernando Mathias, j. em 27-9-2007. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 4 ago. 2008).

Ou:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO. ADMINISTRATIVO. JUROS MORATÓRIOS. AÇÃO AJUIZADA APÓS A MP N. 2.180/01. ART. 1º-F DA LEI N. 9.494/97. FIXAÇÃO NO PATAMAR DE 6% AO ANO. PRECEDENTES.

1. O artigo 1º-F da Lei n. 9.494/97, que fixa em seis por cento ao ano os juros moratórios nas condenações impostas à Fazenda Pública para o pagamento de verbas remuneratórias devidas a servidores e empregados públicos, é de ser aplicado tão somente às ações ajuizadas depois de sua entrada em vigor. Precedentes.

2. "A norma jurídica contida no artigo 406 do Novo Código Civil, predominantemente de natureza dispositiva, é, por inteiro, estranha às hipóteses tais como a dos autos, de juros de mora devidos pela Fazenda Pública nas condenações ao pagamento de verbas remuneratórias aos servidores e empregados públicos, tendo incidência própria nas relações jurídicas disciplinadas pelo Código Civil e funções meramente subsidiária e supletiva" (AgRg no REsp. n. 795.388/RS, rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ 17-4-2006).

3. Constitucionalidade do artigo 1º-F da Lei n. 9.494/97 declarada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE n. 453.740/RJ, da relatoria do Ministro Gilmar Mendes. Ressalva do ponto de vista desta Relatora.

4. Agravo regimental improvido. (Agravo regimental no Recurso Especial n. 879.459, de Santa Catarina, Sexta Turma, relatora a ministra Maria Thereza de Assis Moura, j. em 28-8-2007. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 4 ago. 2008).

A fixação dos honorários advocatícios em 10% (dez por cento) do valor da condenação apresenta-se razoável, nada tendo de excessivo, além do que encontra sintonia com precedentes desta Casa, a exemplo da Apelação Cível n. 2006.040952-9, de Laguna, Segunda Câmara de Direito Público, relator o desembargador Jaime Ramos, j. em 4-11-2007. Disponível em: <<http://www.tj.sc.gov.br>>. Acesso em: 4 ago. 2008.

E o requerido é, sim, isento do pagamento de custas processuais, nos termos da Lei Complementar n. 156, de 15-5-1997, alterada pela Lei Complementar n. 161, de 23-12-1997:

Art. 33. São isentos de custas judiciais e os emolumentos pela prática de atos notariais e de registro público em que o Estado de Santa Catarina e seus Municípios, for interessado e tenha que arcar com este encargo.

DECISÃO

Ante o exposto, a Quarta Câmara de Direito Público, à unanimidade, nega provimento aos recursos voluntários e ao reexame necessário.

O julgamento, realizado no dia 7 de agosto de 2008, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. José Volpato de Souza, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Jaime Ramos.

Florianópolis, 12 de agosto de 2008.

Jânio Machado
RELATOR

Apelação cível n. 2008.061282-3, de Anchieta

Relator: Des. Subst. Jânio Machado

APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO. PROCESSO CIVIL. AUTARQUIA FEDERAL QUE NÃO RECEBEU A CITAÇÃO JUDICIAL, NEM FOI INTIMADA, PESSOALMENTE, PARA ACOMPANHAR A REALIZAÇÃO DA PERÍCIA MÉDICA DO JUÍZO. COMPARECIMENTO ESPONTÂNEO, MEDIANTE CARGA DOS AUTOS, SEM ARGUIÇÃO DE NULIDADE. CONVALIDAÇÃO DOS ATOS DE COMUNICAÇÃO PROCESSUAL, NA FORMA DOS ARTS. 214, § 1º, E 245, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. INTIMAÇÃO PARA COMPARECER NA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO REALIZADA POR CARTA REGISTRADA, COM AVISO DE RECEBIMENTO. POSSIBILIDADE. MEIO QUE EQUIVALE À INTIMAÇÃO PESSOAL, QUANDO FOR REALIZADA FORA DA SEDE DO JUÍZO. APLICAÇÃO, POR ANALOGIA, DO ART. 6º, § 2º, DA LEI N. 9.028, DE 12.4.1995, NA REDAÇÃO CONFERIDA PELA MEDIDA PROVISÓRIA N. 2.180-35, DE 24-8-2001. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. ARTS. 42 E 43 DA LEI N. 8.213, DE 24-7-1991. ESPONDILOARTROSE E ESCOLIOSE LOMBARES. LESÃO ORIUNDA DE ESFORÇO EXCESSIVO NO DESEMPENHO DA ATIVIDADE DE TRABALHADORA RURAL. NEXO DE CAUSALIDADE BEM DEMONSTRADO. INCAPACIDADE TOTAL E DEFINITIVA PARA AS ATIVIDADES QUE EXIJAM ESFORÇO FÍSICO. BENEFÍCIO DEVIDO. RURÍCOLA COM 76 (SETENTA E SEIS) ANOS DE IDADE E SEM APTIDÃO PARA EXERCER OUTRA PROFISSÃO. TERMO INICIAL. JURROS DA MORA E CORREÇÃO MONETÁRIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS: SÚMULA N. 111 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. CUSTAS PROCESSUAIS. RECURSO VOLUNTÁ-

RIO DESPROVIDO E, EM SEDE DE REEXAME NECESSÁRIO, REFORMA PARCIAL DA SENTENÇA.

1. A citação e as intimações são atos formais e indispensáveis à validade do processo. Mas, ainda que não realizado o ato de comunicação processual ou praticado de forma irregular, o comparecimento do requerido ao processo permite que se tenha por convalidada a nulidade, notadamente se, até o momento da prolação da sentença, nenhuma mácula processual foi apontada.

2. A intimação do procurador federal, quando realizada fora da sede do juízo, por intermédio de carta registrada com aviso de recebimento, equivale à intimação pessoal.

3. Uma vez constatada, por perícia médica judicial, a incapacidade total e permanente para o exercício de atividade que exija esforço físico, assegura-se à trabalhadora rural o pagamento da aposentadoria por invalidez acidentária, não podendo ser ignorada a sua idade e a limitada especialização.

4. Na ausência do pagamento do auxílio-doença, a aposentadoria por invalidez será paga a partir do dia em que a autarquia teve inequívoca ciência do mal padecido pela rurícola.

5. A atualização monetária das prestações vencidas compreende a adoção do IGP-DI no período de maio de 1996 a julho de 2006, e do INPC no período de agosto de 2006 em diante.

6. Os juros da mora, calculados à razão de 1% (um por cento) ao mês, contam-se da citação judicial.

7. Os honorários advocatícios incidem sobre as prestações vencidas até a data da publicação da sentença.

8. A autarquia federal, quando vencida nos feitos submetidos à jurisdição da justiça estadual, paga as custas pela metade.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível n. 2008.061282-3, da comarca de Anchieta (Vara Única), em que é apelante o Instituto Nacional do Seguro Social — INSS, e apelada Gema Zulmira Moscon:

ACORDAM, em Quarta Câmara de Direito Público, à unanimidade, negar provimento ao recurso voluntário e, em sede de reexame necessário, reformar em parte a sentença. Custas legais.

RELATÓRIO

Gema Zulmira Moscon ajuizou "ação de concessão de benefício previdenciário por invalidez" contra o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS sob a alegação de que é agricultora e, desde o ano de 2004, vem se submetendo a tratamento de escoliose lombar e osteoporose, males que a impedem, em razão das fortes dores lombares, de exercer a sua atividade habitual. Afirmou ter pleiteado a concessão do benefício de auxílio-doença, sendo-lhe negado. Assim, busca o deferimento da aposentadoria por invalidez, a ser implementada, inclusive, em sede de antecipação dos efeitos da tutela.

O digno magistrado deferiu a realização da prova pericial, nomeando perito e impondo ao requerido o depósito dos seus honorários, estes fixados, desde logo, no valor de R \$200,00 (duzentos reais), bem ainda designou audiência de conciliação (fls. 22-24).

Na audiência (fl.35), ausente o requerido, o digno magistrado deu prosseguimento ao feito com a realização da prova pericial, vindo o laudo às fls. 45-46. Com carga dos autos, o requerido informou que, em reanálise técnica, a autora foi considerada apta para exercer suas atividades habituais (fl. 52).

A autora pleiteou a designação de audiência de instrução (fl. 57), que foi deferida (fl. 59). A intimação pelo correio, com Aviso de Recebimento Mãos Próprias (AR/MP), foi recusada pelo requerido (fl. 64). O digno magistrado, ainda assim, declarou a higidez do ato (fl.65), sendo realizada a audiência (fl.69), com a colheita dos depoimentos de 3 (três) testemunhas (fls. 70-72).

Na sequência, o feito foi sentenciado pelo digno magistrado Marcos Bigolin (fls. 74-76), o que fez nos seguintes termos:

Ante o exposto, com fundamento no artigo 269, inciso I, do Código de Processo Civil, JULGO PROCEDENTE o pedido formulado por em face do , para obrigar o requerido a conceder APOSENTADORIA POR INVALIDEZ a partir de 3-10-2007, data da citação (fl. 51).

Em consequência, condeno o Réu ao pagamento das parcelas atrasadas, com correção monetária pelo IGP-DI, desde o vencimento de cada parcela em atraso, mais juros moratórios de 1% (um por cento) ao mês, desde a citação.

Tendo em vista o princípio da sucumbência, CONDENO-O ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios ao patrono do requerente, arbitrados estes em 10% (dez por cento) do valor das parcelas em atraso, bem como ao pagamento dos honorários periciais.

Saliento que as custas devidas pela autarquia serão calculadas pela metade, nos termos do artigo 33, parágrafo único, da Lei Complementar Estadual 156/97. (Grifado no texto original).

Inconformado, o requerido interpôs recurso de apelação cível (fls. 80-91) argüindo, em preliminar, a nulidade dos atos de citação e de intimação realizados, respectivamente, via fac-símile e pelo correio (com AR/MP), bem ainda da sentença, por cerceamento de defesa (não foi intimado para acompanhar a prova pericial). No mérito, alegou que: 1) não foram preenchidos os requisitos para a concessão do benefício da aposentadoria por invalidez; 2) quando muito, a autora faz jus ao deferimento do auxílio-

doença; 3) a eventual concessão de benefício deverá ter como marco inicial a data da juntada do laudo da perícia judicial e 4) os juros de mora são devidos a partir da citação, à taxa de 6% (seis por cento) ao ano. Por último, pleiteou o prequestionamento dos arts. 42, 59 e 62 da Lei n. 8.213/ 1991 e dos arts. 405 e 406 do Código Civil.

A apelada apresentou resposta (fls. 97/99) e os autos vieram a esta Corte, aqui sendo colhida a manifestação da douta Procuradoria-Geral de Justiça, que foi pela ausência de interesse público a tutelar (fls. 104-109).

VOTO

Inicialmente, não há a nulidade do processo em virtude dos vícios apontados nos atos de citação e de intimação da autarquia federal.

A citação, como ato formal de chamamento da parte passiva para compor a lide, de fato, inexistiu. A carta precatória de fl. 29, que deveria ter sido remetida ao juízo federal da circunscrição judiciária de Chapecó, para ser entregue pessoalmente ao apelante, lá não chegou. A tentativa frustrada de envio da correspondência via fac-símile é revelada nos relatórios juntados às fls. 30-32 (em todos consta a existência de falha na transmissão) e confirmada pela notícia de que ela não foi recebida naquela justiça especializada, a teor da certidão de fl. 38. Tanto é assim que a apelante não compareceu na audiência realizada em 15-6-2007 (fl. 35).

A perícia médica judicial também foi realizada sem a intimação pessoal da autarquia federal (fez-se a comunicação processual por intermédio de publicação no Diário da Justiça, fl. 44), violando o disposto no art. 17 da Lei n. 10.910, de 15-7-2004:

Nos processos em que atuem em razão das atribuições de seus cargos, os ocupantes dos cargos das carreiras de Procurador Fede-

ral e de Procurador do Banco Central do Brasil serão intimados e notificados pessoalmente.

O procurador da autarquia previdenciária, contudo, retirou os autos em carga em 3-10-2007, por 30 (trinta) dias, após tê-la requerido ao ínclito magistrado (fls. 50-51), obtendo, assim, a ciência inequívoca de todo o processo. Sabe-se bem que a citação e as intimações são atos formais e indispensáveis à validade do processo (art. 214, *caput*, do Código de Processo Civil). Mas, ainda que inexistentes ou realizadas de forma irregular, o comparecimento espontâneo ao processo permite que se tenha por convalidada a nulidade (art. 214, § 1º, do Código de Processo Civil), notadamente se a autarquia federal, quando devolveu os autos, protocolou petição apenas para informar que "o autor foi considerado apto para exercer suas atividades habituais" (fl.52). Ou seja, o apelante não alegou a nulidade na primeira oportunidade conferida para se manifestar nos autos (art. 245, *caput*, do Código de Processo Civil), nem mesmo o fez até o momento da prolação da sentença.

Em se tratando de regras processuais, vigora a necessidade de pleno respeito às formas estabelecidas em lei. Mas, em casos especiais, "a nulidade não se decreta em virtude de princípios que atuam como abrandamento lógico e justificável dentro de uma concepção moderna de processo" (GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 2, p. p. 47). O processo, então, deve ser encarado, cada vez mais, como mero instrumento de distribuição da Justiça e nunca como a finalidade última do Direito. É o que se convencionou denominar de convalidação e sanação das nulidades processuais:

Ao juiz compete velar pela regularidade formal do processo e de seus atos, determinando, de ofício, as providências no sentido de mantê-los segundo os modelos legais. Trata-se de uma atividade permanente do juiz, que dirige o processo, preside a audiência e supervisiona a atividade dos auxiliares da justiça. Essa atividade pode ser, a qualquer

momento, provocada pela parte, quer em termos de colaboração, quer porque a falta de alegação pode acarretar a preclusão.

[...]

É possível que, em certas situações, um ato se torne inútil ou desnecessário, em virtude da substituição por outro ou da superveniência de nova situação que supera a situação de irregularidade anterior. Assim, por exemplo, se a parte comparece voluntariamente e se dá por citada, esse ato voluntário substitui e dá por superada toda providência citatória, ficando irrelevante a indagação sobre o meio ou regularidade de qualquer providência a respeito. (GRECO FILHO, Vicente. *Op. cit.*, p. 49-50).

A propósito, esta Corte já decidiu:

APELAÇÃO CÍVEL – INFORTUNÍSTICA – NULIDADE DA CITAÇÃO E PRESCRIÇÃO/DECADÊNCIA DO FUNDO DE DIREITO – INOCORRÊNCIA – PRELIMINARES REJEITADAS..

O comparecimento espontâneo aos autos da autarquia requerida, supre a falta de citação pessoal e extermína a eiva que viciava o processo, nos termos do art. 214 do CPC.

[...]. (Apelação cível n. 2006.028675-6, de Joaçaba, Terceira Câmara de Direito Público, relator o Des. Rui Fortes, j. em 12-12-2006. Disponível em: <<http://www.tj.sc.gov.br>>. Acesso em: 18 fev. 2009).

A intimação do apelante para o comparecimento à audiência de instrução e julgamento, realizada por intermédio de carta registrada com aviso de recebimento (AR), não violou a prerrogativa do procurador federal de intimação pessoal (art. 17 da Lei n. 10.910/2004). Assim se diz em razão da orientação que vem do Superior Tribunal de Justiça, de aplicação aos procuradores federais, por analogia, do art. 6º, § 2º, da Lei n. 9.028, de 12-4-1995, na redação conferida pela Medida Provisória n. 2.180-35, de 24-8-2001, que trata da intimação pessoal dos membros da Advocacia-Geral da União, nos casos em que o ato processual for realizado fora da sede do juízo:

Art. 6º. A intimação de membro da Advocacia-Geral da União, em qualquer caso, será feita pessoalmente.

[...]

§ 2º As intimações a serem concretizadas fora da sede do juízo serão feitas, necessariamente, na forma prevista no Art. 237, inciso II, do Código de Processo Civil.

E, o inciso II, do art. 237, do Código de Processo Civil, assim dispõe:

Art. 237. Nas demais comarcas aplicar-se-á o disposto no artigo antecedente, se houver órgão de publicação dos atos oficiais; não o havendo, competirá ao escrivão intimar, de todos os atos do processo, os advogados das partes:

[...]

II — por carta registrada, com aviso de recebimento quando domiciliado fora do juízo.

Nesse sentido, são encontrados os seguintes precedentes:

PROCESSUAL CIVIL – EXECUÇÃO FISCAL – INTIMAÇÃO PESSOAL DO REPRESENTANTE DA FAZENDA PÚBLICA FORA DA SEDE DO JUÍZO – CARTA REGISTRADA COM AR – POSSIBILIDADE — PRECEDENTES.

1. Descabe a esta Corte, em sede de recurso especial, analisar possível ofensa a dispositivo constitucional.

2. A intimação por carta registrada feita ao procurador da Fazenda Pública, fora da sede do Juízo, equivale à intimação pessoal, atendendo aos ditames do art. 25 da Lei n. 6.830/80.

3. Agravo regimental não provido (Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 1019358, de Goiás, Segunda Turma, relatora a ministra Eliana Calmon, j. em 12-8-2008. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 18 fev. 2009).

Ainda:

PROCESSUAL CIVIL. INTIMAÇÃO PESSOAL DO PROCURADOR DA FAZENDA POR CORREIO. POSSIBILIDADE.

1. Equivale à intimação pessoal do procurador da Fazenda Nacional a intimação feita por carta registrada quando for efetuada fora da sede do Juízo.
2. Recurso especial improvido. (Recurso especial n. 512.452, de São Paulo, Segunda Turma, relator o ministro João Otávio Noronha, j. em 5-9-2006. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 18 fev. 2009).

E, mais:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ART. 535 DO CPC. VIOLAÇÃO. INEXISTÊNCIA. EXECUÇÃO FISCAL. PROCURADORIA DO INSS. INTIMAÇÃO PESSOAL. OBRIGATORIEDADE. ART. 25 DA LEF. CARTA REGISTRADA COM AR. POSSIBILIDADE. ART. 6º, § 2º DA LEI N. 9.028/95. REDAÇÃO DADA PELA MP N. 2.180-35/01. APLICAÇÃO ANALÓGICA.

[...]

2. É pacífico o entendimento deste Tribunal Superior no sentido de ser indispensável intimar-se pessoalmente o representante da Fazenda Pública nos autos da execução fiscal, consoante a dicção do art. 25 da Lei n. 6.830/80. Precedentes.
3. Em 6-9-01 a Medida Provisória n. 2.229-43 (em tramitação) criou a carreira de Procurador Federal (art. 35), e transformou o cargo efetivo de procurador das autarquias e fundações públicas no cargo efetivo de procurador federal (art. 39).
4. A carreira de procurador federal criada pela Medida Provisória n. 2.224-43/01, passou a integrar quadro próprio da Procuradoria-Geral Federal, instituída pela Lei n. 10.480/02, vinculada diretamente à Advocacia-Geral da União.
5. No caso dos autos, como se trata de intimação a ser realizada fora da sede da comarca do juízo e, inexistindo legislação específica a respeito da matéria, aplica-se à espécie, e por analogia, a norma destinada aos membros da Advocacia-Geral da União.
6. Assim, como o processo tramita na Comarca de Ituiutaba/MG e a Procuradoria do INSS (atualmente Procuradoria Federal Especializada), encontra-se sediada em Uberlândia, a intimação deve ser

realizada por carta com AR, nos moldes do § 2º do art. 6º da Lei n. 9.028/95, com redação dada pela MP n. 2.180-35 de 24-8-01.

7. Tal dispositivo, de modo expresso, determina a intimação por carta registrada com aviso de recebimento quando o advogado encontrar-se domiciliado fora do juízo, nos termos do inc. II do art. 237 do CPC. Por conseguinte, foi atendida a exigência do art. 25 da LEF.

8. Recurso especial conhecido em parte e improvido. (Recurso Especial n. 709.322, de Minas Gerais, Segunda Turma, relator o Min. Castro Meira, j. em 7-6-2005. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 18 fev. 2009).

A carta registrada com AR contendo a intimação foi remetida à sede da autarquia federal, em Chapecó (fl. 63), e recusada pelo destinatário (fl. 64). Portanto, houve, sim, a intimação pessoal da apelante, não havendo que se reconhecer a nulidade do ato de comunicação processual.

De igual modo, não há, também, a nulidade da sentença por cerceamento de defesa se o comparecimento espontâneo do apelante permitiu a sua manifestação sobre a prova pericial, oportunidade em que não houve arguição de qualquer vício no ato de intimação.

A autora alegou sofrer de problemas na coluna lombar desde o ano de 2004 (escoliose e osteoporose), que a impedem de exercer a atividade de trabalhadora rural.

A qualidade de segurada especial da previdência social ficou bem demonstrada pelo contrato particular de arrendamento rural, em que figura como arrendatária (fl. 11), pelas certidões de casamento e óbito, informando que é viúva de trabalhador rural (fls. 9/10), pela certidão imobiliária do imóvel rural de sua propriedade (fl. 12) e pelos depoimentos das testemunhas Marili Maria de Souza (fl. 70), Moacir Pedro Piovesani (fl. 71) e Otacílio José Garlet (fl. 72). Logo, a autora está amparada pelo art. 11, inciso VII, da Lei n. 8.213, de 24-7-1991:

Art. 11. São segurados obrigatórios da Previdência Social as seguintes pessoas físicas:

[...]

VII - como segurado especial: o produtor, o parceiro, o meeiro, e o arrendatário rurais, o garimpeiro, o pescador artesanal e o assemelhado, que exerçam suas atividades, individualmente ou em regime de economia familiar, ainda que com o auxílio eventual de terceiros, bem como seus respectivos cônjuges ou companheiros e filhos maiores de 14 (quatorze) anos ou a eles equiparados, desde que trabalhem, comprovadamente, com o grupo familiar respectivo (grifo ausente no original).

No dia 5-8-2007, a autora submeteu-se a exame pelo médico indicado pelo juízo, oportunidade em que foi diagnosticada a enfermidade lombar, sendo ela a espondiloartrose associada a escoliose (resposta aos quesitos n. 1, de fls. 45/46), que tem como consequência a incapacidade para o exercício de atividade laborativa que exija esforço físico, tal como o trabalho na agricultura (resposta aos quesitos n. 4, 5, 6 e 8, de fl. 46).

O experto também confirmou o nexo de causalidade entre a lesão e a atividade desempenhada pela rurícola (resposta ao quesito n. 8, de fl. 46).

A incapacidade para o trabalho, portanto, seria permanente (reposta aos quesitos n. 3, de fls. 45/46, e n. 10, de fl. 46) e total (resposta ao quesito n. 9, de fl. 46), por se tratar de trabalhadora rural com 76 (setenta e seis) anos de idade (fl. 8), notadamente sem qualificação para outro tipo de trabalho a não ser para aqueles que exijam esforço físico, o que justifica o deferimento da aposentadoria por invalidez, nos termos dos artigos 42 e 43 da Lei n. 8.213, de 24-7-1991:

Art. 42. A aposentadoria por invalidez, uma vez cumprida, quando for o caso, a carência exigida, será devida ao segurado que, estando ou não em gozo de auxílio-doença, for considerado incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, e ser-lhe-á paga enquanto permanecer nesta condição.

Art. 43. A aposentadoria por invalidez será devida a partir do dia imediato ao da cessação do auxílio-doença, ressalvado o disposto nos §§ 1º, 2º e 3º deste artigo.

§1º Concluindo a perícia médica inicial pela existência de incapacidade total e definitiva para o trabalho, a aposentadoria por invalidez será devida:

- a) ao segurado empregado, a contar do décimo sexto dia do afastamento da atividade ou a partir da entrada do requerimento, se entre o afastamento e a entrada do requerimento decorrerem mais de trinta dias;
- b) ao segurado empregado doméstico, trabalhador avulso, contribuinte individual, especial e facultativo, a contar da data do início da incapacidade ou da data da entrada do requerimento, se entre essas datas decorrerem mais de trinta dias.

A propósito, esta Corte já decidiu em casos semelhantes ao presente:

ACIDENTE DE TRABALHO – ANTECIPAÇÃO DE TUTELA PARA IMPLANTAÇÃO DE BENEFÍCIO ACIDENTÁRIO – POSSIBILIDADE – TRABALHADOR RURAL – CONDIÇÃO DE SEGURADO EFETIVAMENTE DEMONSTRADA – APOSENTADORIA POR INVALIDEZ ACIDENTÁRIA – NEXO ETIOLÓGICO – INCAPACIDADE PERMANENTE SEM POSSIBILIDADE DE REABILITAÇÃO COMPROVADA POR PERÍCIA MÉDICA – BENEFÍCIO DEVIDO – TERMO INICIAL – CORREÇÃO MONETÁRIA COM BASE NOS ÍNDICES PREVISTOS NA LEGISLAÇÃO PREVIDENCIÁRIA/ACIDENTÁRIA – JUROS DE MORA DE 1% AO MÊS A PARTIR DA CITAÇÃO – VERBA ALIMENTAR – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – INCIDÊNCIA SOBRE PARCELAS VENCIDAS ATÉ A PUBLICAÇÃO DA SENTENÇA – HONORÁRIOS PERICIAIS – CUSTAS PELA METADE.

[...]

Comprovadas a existência de incapacidade laborativa e a impossibilidade de reabilitação para qualquer outra atividade profissional que assegure a subsistência, em razão de lesão ortopédica, diagnosticada como hérnia discal L4 – 5 e L5 - S1, agravada pelo exercício do trabalho rural, o segurado faz jus à aposentadoria por invalidez acidentária, conforme o art. 42, da Lei n. 8.213/91.

[...]. (Apelação Cível n. 2007.030684-8, de Canoinhas, relator o Des. Jaime Ramos, j. em 16-10-2008. Disponível em: <<http://www.tj.sc.gov.br>>. Acesso em: 18 fev. 2009).

E, ainda:

APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. ARTS. 42 E 43 DA LEI N. 8.213, DE 24-7-1991. HÉRNIA DE DISCO E ESPONDILOLISTESE GRAU II. LESÃO ORIUNDA DE ESFORÇO EXCESSIVO NO DESEMPENHO DA ATIVIDADE DE TRABALHADOR RURAL. NEXO DE CAUSALIDADE BEM DEMONSTRADO. INCAPACIDADE TOTAL E DEFINITIVA PARA AS ATIVIDADES QUE EXIJAM ESFORÇO FÍSICO. BENEFÍCIO DEVIDO. RURÍCOLA SEM APTIDÃO PARA EXERCER OUTRA PROFISSÃO. TERMO INICIAL. JUROS DE MORA E CORREÇÃO MONETÁRIA. INAPLICABILIDADE DA TAXA SELIC. HONORÁRIOS DE ADVOGADO: SÚMULA 111 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. FIXAÇÃO EM VALOR RAZOÁVEL. CUSTAS PROCESSUAIS.

1. Uma vez constatada, por perícia médica judicial, a incapacidade total e permanente para o exercício de atividade que exija esforço físico, assegura-se à trabalhadora rural o pagamento da aposentadoria por invalidez acidentária, não podendo ser ignorada a sua idade e a limitada especialização.

[...]. (Apelação Cível n. 2007.005350-7, de Canoinhas, de minha relatoria, j. em 26-2-2008. Disponível em: <<http://www.tj.sc.gov.br>>. Acesso em: 18 fev. 2009).

O marco inicial do pagamento da verba previdenciária, porque não houve o deferimento do auxílio-doença na esfera administrativa, nem mesmo existe prova do requerimento, dá-se no dia em que o órgão ancilar teve ciência inequívoca do evento justificador do benefício reclamado, ou seja, quando retirou os autos em carga (3-10-2007, fl. 51), momento em que já havia sido realizada a perícia médica judicial.

A atualização monetária, de fato, compreende a adoção do IGP-DI no período de maio de 1996 a julho de 2006, nos termos do art. 8º da Medida

Provisória n. 1.415/96 e art. 10 da Lei n. 9711/98. A partir do mês de agosto de 2006, contudo, o IGP-DI deixou de ser utilizado como índice de atualização monetária dos benefícios da Previdência Social, face a inclusão do artigo 41-A na Lei n. 8.213, de 24-7-1991, pela Medida Provisória n. 316, de 11-8-2006, após convertida na Lei n. 11.430, de 26-12-2006, que o substituiu pelo INPC (Índice Nacional de Preços ao Consumidor – INPC), aí merecendo reparo a decisão de primeiro grau.

Os juros da mora, à razão de 1% (um por cento) ao mês, são contados a partir da citação judicial (3-10-2007, fl. 51) (Súmula 204 do Superior Tribunal de Justiça) para as prestações vencidas até esta data, conforme o disposto no art. 3º do Decreto-Lei n. 2.322, de 26-2-1987, não se ignorando o caráter alimentar da verba ora em exame.

Os honorários advocatícios serão suportados pelo requerido, prevalecendo o critério de apuração eleito pelo magistrado (10% sobre o valor do débito a ser apurado, com base nas prestações vencidas até a data da publicação da decisão de primeiro grau), atentando-se para o disposto na Súmula 111 do Superior Tribunal de Justiça.

Os honorários do perito judicial também foram arbitrados em valor razoável (R \$200,00 fl. 22), a razão de serem mantidos, ainda mais se o apelante não demonstrou que são excessivos ou estão em desacordo com o valor usualmente exigido.

Em relação às custas processuais, é aplicável ao caso a regra especial contida no parágrafo único do art. 33 da Lei Complementar Estadual n. 156, de 15-5-1997, com a redação conferida pela Lei Complementar Estadual n. 161, de 23-12-1997, que prevê o pagamento de apenas a metade:

Art. 33. São isentos de custas judiciais e os emolumentos pela prática de atos notariais e de registro público em que o Estado de Santa Catarina e seus Municípios, for interessado e tenha que arcar com este encargo.

Parágrafo único. São devidos pela metade, as custas e emolumentos previstos neste artigo, quando devidos pelas autarquias federais, estaduais e municipais.

Por último, e apenas evitando a equivocada e desnecessária interposição de embargos de declaração, ou mesmo aqueles para fins de prequestionamento, afirma-se a ausência de violação dos: 1) arts. 42, 59, 62 da Lei n. 8.213, de 24-7-1991; 2) arts. 12, inciso I, 222, 247 do Código de Processo Civil; 3) art. 8º da Lei n. 8.620/93; 4) arts. 35 e 38 da Lei Complementar n. 73/93; 5) art. 17 da Lei n. 10.910, de 15-7-1994 e 6) arts. 405 e 406 do Código Civil.

Com estas considerações, o recurso voluntário é desprovido e, em sede de reexame necessário, reformada em parte a sentença, apenas para determinar a substituição do IGP-DI pelo INPC a partir de agosto de 2006 como fator de atualização monetária das prestações pagas pela Previdência Social.

DECISÃO

Ante o exposto, a Quarta Câmara de Direito Público, à unanimidade, nega provimento ao recurso voluntário e, em sede de reexame necessário, reforma em parte a sentença.

O julgamento, realizado no dia 26 de fevereiro de 2009, foi presidido pelo Des. Cláudio Barreto Dutra, com voto, e dele participou o Des. José Volpato de Souza. Funcionou como representante do Ministério Público o Exmo. Sr. Dr. Guido Feuser.

Florianópolis, 3 de março de 2009.

Jânio Machado
RELATOR

CÂMARA ESPECIAL REGIONAL DE CHAPECÓ

AGRAVO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO

Agravo (§ 1º art. 557 do CPC) em Agravo de Instrumento n. 2008.019338-5/0001.00, de São Carlos

Relator: Des. Altamiro de Oliveira

AGRAVO DO ART. 557, § 1º DO CPC – BUSCA E APREENSÃO – AÇÃO REVISIONAL – CONEXÃO RECONHECIDA – MANIFESTA IMPROCEDÊNCIA DECLARADA EM DECISÃO MONOCRÁTICA – INTELIGÊNCIA DO ART. 557, *CAPUT*, DO CPC – REJEIÇÃO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2008.019338-5, da comarca de São Carlos (Vara Única), em que é agravante BV Financeira S. A. — Crédito, Financiamento e Investimento, e agravada Ely Mercedes Silva:

ACORDAM, em Câmara Especial Regional de Chapecó, conhecer do agravo e negar-lhe provimento.

RELATÓRIO

BV Financeira S. A. Crédito, Financiamento e Investimento interpôs agravo do art. 557, §1º do CPC contra decisão que negou seguimento – por manifesta improcedência – a agravo de instrumento que apresentou

em desfavor de decisão de processo em que eram partes a recorrente e Ely Mercedes Silva.

Sustenta a recorrente que discutível a conexão entre a ação de Busca e Apreensão Fiduciária e a ação revisional de contrato ajuizada pela agravada, motivo pelo qual deverá ser dado prosseguimento ao primeiro agravo apresentado para o fim de manter o bem em mão da empresa financeira.

VOTO

Inicialmente há que se ressaltar que as razões de recurso ora analisadas são apócrifas, no entanto, seguindo entendimento exposto pelo Tribunal catarinense de que se trata de mera irregularidade, passar-se-á à análise de mérito.

APELAÇÃO CÍVEL. PETIÇÃO DE INTERPOSIÇÃO DO APELO COM ASSINATURA. PETIÇÃO DAS RAZÕES APÓCRIFA. PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO AFASTADA.

“Tem-se admitido, esclareça-se, que, não estando assinadas as razões recursais, mas estando subscrita a petição de recurso, o fato constitui-se em mera irregularidade que não pode prejudicar o recorrente, não gerando a não apreciação do recurso deduzido” (Embargos de declaração na Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 1998.000030-0, de Brusque, rel. Des. Trindade dos Santos).

Presentes os pressupostos de admissibilidade, o recurso deve ser conhecido.

Trata-se de agravo previsto no art. 557, § 1º do *Codex* processual visando solapar decisão monocrática prolatada pelo relator que negou seguimento a agravo de instrumento com fundamento nos arts. 527, I e 557 do CPC sob entendimento de o agravo "manifestamente improcedente" porquanto atingido pelo instituto da conexão.

Quanto a matéria de fundo, razão não assiste à agravante ao manejar o recurso previsto no art. 557, § 1º do CPC com a argüição de que inexistente conexão, porquanto assente a posição do Tribunal de Justiça de Santa Catarina que exposta recentemente em suas Câmaras de Direito Comercial, da qual colhe-se exemplificativamente dois excertos:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. LIMINAR DEFERIDA. POSTERIOR REVOGAÇÃO, ANTE O PRECEDENTE INGRESSO, PELO ALIENANTE, DE DEMANDA REVISIONAL DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. CONEXÃO ENTRE AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO E AÇÃO REVISIONAL.

A fim de evitar decisões contraditórias, deve ser reconhecida a conexão entre a ação de revisão contratual e a ação de busca e apreensão, pois fundamentadas no mesmo contrato (Agravado de Instrumento n. 20070598403/000000, de Chapecó, rel. Des. Lédio Rosa de Andrade. Quarta Câmara de Direito Comercial. 30-9-2008).

E:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE REVISÃO DE CONTRATO PARTICULAR DE NOVAÇÃO, CONFISSÃO DE DÍVIDA E OUTRAS AVENÇAS – EXECUÇÃO — AÇÕES FUNDADAS NO MESMO CONTRATO — DISCUSSÃO ACERCA DA EXECUTORIEDADE DO TÍTULO — CONEXÃO POR PREJUDICIALIDADE CONFIGURADA — PREVENÇÃO NOS TERMOS DO ART. 219 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – DECISÃO MANTIDA – RECURSO NÃO PROVIDO.

O objetivo da conexão é justamente evitar decisões contraditórias, bastando, para tanto, a existência de um liame entre as ações, tais como o objeto ou a causa de pedir, consoante os termos do artigo 103 do Código de Processo Civil.

Nítida a conexão entre as demandas, porquanto ambas estão fundadas no mesmo contrato, sendo que em uma delas se busca a discussão das cláusulas e, conseqüente, declaração de inexistência de débito e nulidade do título cambial, enquanto que na outra, o objeto do litígio é a aventada dívida decorrente do referido título

extrajudicial (Agravo de Instrumento n. 2006.006213-2/000000, de Blumenau, rel. Des. Wilson Augusto do Nascimento. Segunda Câmara de Direito Comercial. Data Decisão: 7-7-2008).

Mantém-se, portanto, a decisão recorrida.

DECISÃO

Ante o exposto, conhece-se do recurso e nega-se-lhe provimento.

O julgamento, realizado no dia 26-3-2009, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Edson Nelson Ubaldo, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Cesar Abreu.

Chapecó, 26 de março de 2009.

Altamiro de Oliveira
RELATOR

PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL

APELAÇÕES CRIMINAIS

Apelação Criminal n. 2008.056758-0, de Campo Belo do Sul

Relator: Des. Solon d'Eça Neves

APELAÇÃO MINISTERIAL – CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO – FURTO TENTADO TRIPLAMENTE QUALIFICADO (ART. 155, § 4º, INCS. I, II E IV C/C O ART. 14, INC. II, AMBOS DO CP) – PLEITO DE AUMENTO DAS PENAS-BASES PELA TEORIA DA MIGRAÇÃO – POSSIBILIDADE – UMA QUALIFICADORA APLICADA COMO ELEMENTAR DO TIPO PENAL E OUTRAS DUAS QUE SÃO CONSIDERADAS COMO CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS AOS RÉUS – ADEQUAÇÃO DA REPRIMENDA – RECURSO PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2008.056758-0, da comarca de Campo Belo do Sul (Vara Única), em que é apelante a Justiça, por seu Promotor, e apelado Luiz André da Silva Domingues e Atila Silva de Oliveira:

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, dar provimento ao recurso. Custas legais.

RELATÓRIO

O representante do Ministério Público da comarca de Campo Belo do Sul ofereceu denúncia contra Luiz André da Silva Domingues e Atila Silva de Oliveira, dando-os como incurso nas sanções previstas no art. 155, §§ 1º e 4º, incs. I, II e IV, c/c o art. 14, inc. II, ambos do Código Penal, descrevendo assim as condutas criminais:

"Segundo consta do incluso caderno indiciário, no dia 5 de junho de 2007, por volta das 2h30min, durante o repouso noturno, os denunciados LUIS ANDRÉ DA SILVA DOMINGUES e ATILA SILVA DE OLIVEIRA, juntamente com outros dois indivíduos não identificados, todos adredemente preparados e com *animus furandi*, dirigiram-se a este município de Cerro Negro com o fim de furtar valores em espécie contidos no caixa eletrônico da agência do Banco Sicoob Credicanoas, situado na Avenida Orides Delfes Furtado, 1154, centro, daquela Cidade.

Para tanto, os denunciados LUIS ANDRÉ DA SILVA DOMINGUES e ATILA SILVA DE OLIVEIRA, acompanhados de outros dois indivíduos não identificados e munidos de marreta e chave de fenda, escalaram até os fios do sistema de alarme do referido estabelecimento, localizados próximos ao poste de iluminação pública (fotos de fls. 22-23), cortando-os. Na seqüência, destruíram a golpes de marreta a porta frontal esquerda do mencionado Banco Sicoob Credicanoas e adentraram no referido local, o qual, contudo, continha um dispositivo de segurança que disparou o alarme. Ainda no interior do referido estabelecimento, os denunciados dirigiram-se à central de comando do sistema de alarme danificando-o.

Impossibilitados de dar continuidade ao furto, por circunstâncias alheias à sua vontade, os denunciados LUIS ANDRÉ DA SILVA DOMINGUES e ATILA SILVA DE OLIVEIRA, e os demais indivíduos não identificados evadiram-se todos do local, sendo que LUIS ANDRÉ DA SILVA DOMINGUES e ATILA SILVA DE OLIVEIRA fugiram no automóvel Fiat/Uno, placa AJA-6891, o qual a autoridade policial logrou prender pouco depois os denunciados, com os quais foi encontrado farto material destinado à atividade criminoso (fl. 16)".

Após o devido seguimento, a instrução processual chegou ao fim, e o Magistrado julgou parcialmente procedente a denúncia para condenar: a) o réu Luiz André da Silva Domingues à pena de 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão, a ser cumprida em regime aberto, e ao pagamento de 7 (sete) dias-multa, no valor individual de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos; e b) o réu Atila Silva de Oliveira à pena de 1 (um) ano e 6 (seis) meses de reclusão, a ser cumprida em regime aberto, e ao pagamento de 8 (oito) dias-multa, no valor individual de 1/30 do salário mínimo à época dos fatos, ambos pela prática do crime disposto no art. 155, § 4º, incs. I, II e IV c/c o art. 14, inc. II, todos do Código Penal.

Preenchidos os requisitos do art. 44 deste Código, o Togado substituiu as penas privativas de liberdade por duas restritivas de direitos, consistentes na prestação pecuniária e na prestação de serviços à comunidade ou entidades públicas.

Iresignado com a prestação jurisdicional entregue, o representante do Ministério Público apelou sustentando, em síntese, que a pena-base deve ser majorada em razão das qualificadoras pela teoria da migração.

Contra-arrazoado o recurso, os autos ascenderam a esta superior instância, e a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Paulo Roberto Speck, opinou pelo provimento do presente apelo.

VOTO

O recurso merece vingar.

Em que pesem os argumentos expendidos pela defesa em suas contrarrazões, razão assiste ao representante ministerial quando sustenta o aumento da pena-base pela teoria da migração.

É que, segundo entendimento majoritário, nos casos do furto previsto no § 4º do art. 155 do Código Penal em que houver concurso de

qualificadoras, é perfeitamente possível que uma delas sirva como elementar para caracterizar o delito qualificado e que as demais migrem para primeira fase da dosimetria quando não coincidirem com alguma das agravantes genéricas elencadas no art. 61 deste Código, e sejam consideradas como circunstância judicial desfavorável, a fim de majoração da pena-base.

Isso porque não devem ser apenados da mesma maneira aquele que pratica um furto qualificado com a incidência de apenas um dos incisos previstos no § 4º do art. 155 do Diploma Repressivo e aquele que pratica este crime na forma duplamente ou triplamente qualificada.

A respeito do tema, elucida a doutrina de Damásio E. de Jesus:

"[...] No concurso de qualificadoras previstas no mesmo tipo penal, aplica-se uma só, servindo a outra de circunstância judicial de agravação da pena. Assim, se o sujeito comete furto com destruição de obstáculo à subtração da coisa e mediante concurso de agentes (CP, art. 155, § 4º, I e IV), sofre uma só pena de reclusão, de 2 a 8 anos, além de multa. A segunda qualificadora deve ser considerada como circunstância judicial de exasperação da pena, nos termos do art. 59, *caput*, do CP, ingressando na expressão "circunstância" empregada no texto [...]" (*Direito penal: parte geral*. 28. ed. São Paulo: Saraiva. v. I. p. 592).

Nesse sentido, colhe-se o precedente do Superior Tribunal de Justiça:

"PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 155, §4º, INCISOS I E IV, DO CP. DOSIMETRIA DA PENA. FUNDAMENTAÇÃO. CONCURSO DE DUAS QUALIFICADORAS. *BIS IN IDEM*. INOCORRÊNCIA. Reconhecidas duas qualificadoras, uma enseja o tipo qualificado e a outra deverá ser considerada como circunstância negativa, seja como agravante (se como tal prevista), seja como circunstância judicial (residualmente, conforme o caso, art. 59 do CP) (Precedentes do STJ e do STF). *Writ denegado*" (HC n. 48338/MG, rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, j. em 4-4-2006, grifou-se).

Acerca da aplicação da teoria da migração, a jurisprudência desta Corte não destoa:

"FURTO QUALIFICADO — CONCURSO DE PESSOAS E ARROMBAMENTO — MATERIALIDADE E AUTORIA SOBEJAMENTE DEMONSTRADAS EM RELAÇÃO A DOIS RÉUS — RECONHECIMENTO DOS AGENTES POR UMA TESTEMUNHA PRESENCIAL, ALIADO À APREENSÃO DE PARTE DA RES EM PODER DE UM DOS ACUSADOS — INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA — CONDENAÇÃO MANTIDA.

DOSIMETRIA — CONCURSO DE QUALIFICADORAS — MIGRAÇÃO DE UMA DELAS PARA A PRIMEIRA FASE — POSSIBILIDADE — POSICIONAMENTO PACÍFICO DESTE AREÓPAGO.

Quando da existência de duas qualificadoras no crime de furto, enquanto uma delas serve à qualificação do delito, a outra será utilizada como agravante, caso prevista no rol do art. 61 do CP, ou ainda como circunstância judicial de aumento da pena" (Apelação Criminal n. 2005.002320-9, de Balneário Camboriú, rel. Juiz José Carlos Carstens Köhler).

Na mesma alheta:

"[...] DOSIMETRIA DA PENA — EXISTÊNCIA DE DUAS QUALIFICADORAS — APLICAÇÃO DE UMA COMO ELEMENTAR DO TIPO E DA OUTRA COMO AGRAVANTE, SE ASSIM ESTIVER PREVISTA, OU SENÃO COMO CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DO ART. 59 DO CP — ADEQUAÇÃO — RECURSO PROVIDO EM PARTE" (Apelação Criminal n. 2003.023746-1, de Ponte Serrada, rel. Des. Torres Marques).

E, ainda:

"APELAÇÃO CRIMINAL – CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO – FURTO QUALIFICADO (ART. 155, § 4º, INCISOS I E IV, DO CÓDIGO PENAL) – RECURSO DA DEFESA – INSURGÊNCIA ACERCA DO QUANTUM DA REPRIMENDA CORPORAL – MAJORAÇÃO DA PENA-

BASE MEDIANTE A CONSIDERAÇÃO DE UMA DAS QUALIFICADORAS COMO CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL – POSSIBILIDADE – PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS – INAPLICABILIDADE DO PRIVILÉGIO ADUZIDO NO §2º DO ART. 155 DO ESTATUTO REPRESSIVO AO CRIME DE FURTO QUALIFICADO – DECISÃO ESCORREITA – RECURSO DESPROVIDO" (Apelação Criminal n. 2007.013269-0, de Blumenau, rel. Des. Subst. Túlio Pinheiro).

Com efeito, deve-se aumentar a pena-base aplicada aos apelados.

Dessa feita, com fundamento no entendimento majoritário de aumento de 1/6 da pena para cada circunstância judicial desfavorável, majoram-se as penas-bases dos acusados em 8 (oito) meses, visto que são duas as qualificadoras migradas para essa fase da dosimetria, de modo que se fixa a pena-base do réu Luiz André da Silva Domingues em 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão, e 13 (treze) dias-multa, e a do réu Atila Silva de Oliveira em 2 (dois) anos e 11 (meses) de reclusão, e 14 (quatorze) dias-multa.

Por inexistirem circunstâncias agravantes ou atenuantes, e mantendo-se o mesmo patamar de 1/3 de minoração das penas aplicado no *decisum* em razão da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 14, inc. II, do Código Penal, fixa-se definitivamente a reprimenda do réu Luiz André da Silva Domingues em 1 (um) ano, 9 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão, e 8 (oito) dias-multa, e a do réu Atila Silva de Oliveira em 1 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, e 9 (nove) dias-multa, preservadas as demais cominações legais contidas na sentença.

DECISÃO

Assim, diante do exposto, dá-se provimento ao recurso.

O julgamento, realizado no dia 17 de fevereiro de 2009, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Amaral e Silva, com voto, e dele também participou o Exmo. Sr. Des. Subst. Cláudio Valdyr Helfenstein. Funcionou como representante do Ministério Público o Exmo. Sr. Dr. Anselmo Agostinho da Silva.

Florianópolis, 20 de março de 2009.

Solon d'Eça Neves
RELATOR

Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2008.067217-3, de Itajaí

Relator: Des. Solon d'Eça Neves

APELAÇÕES CRIMINAIS – CRIME CONTRA A INCO-LUMIDADE PÚBLICA – POSSE DE ARMA DE FOGO COM NUMERAÇÃO RASPADA – ART. 16, PARÁGRAFO ÚNICO, IV, DA LEI N. 10.826/03 – APELOS DA DEFESA E DO ÓRGÃO MINISTERIAL QUE PUGNAM PELA ABSOLVIÇÃO ANTE O ADVENTO DA MEDIDA PROVISÓRIA N. 417/08, CONVERTIDA NA LEI N. 11.706/08 – DIPLOMA QUE AMPLIOU O PRAZO PARA REGULARIZAÇÃO DAS ARMAS DE FOGO DE USO PERMITIDO ATÉ 31-12-2008 – BENEFÍCIO QUE, TODAVIA, NÃO ALCANÇA ARMAS DE FOGO DE USO RES-TRITO OU NÃO REGISTRÁVEIS – CONDUTAS DO ART. 16 DA LEI N. 10.826/03 QUE NÃO ESTÃO ENGLOBADAS NA *ABOLITIO CRIMINIS* TEMPORÁRIA – PLEITO DEFENSIVO SUCESSIVO QUE VISA À ABSOLVIÇÃO POR FALTA DE PROVAS – AUTORIA E MATERIALIDADE DEVIDAMENTE DEMONSTRADAS – DEPOIMENTO DAS TESTEMUNHAS UNÍSSONOS E COERENTES COM AS DEMAIS PROVAS DOS AUTOS – CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL – RETRATAÇÃO EM JUÍZO DISSOCIADA DO CONTEXTO PROBATÓRIO – PLEITO ABSOLUTÓRIO QUE NÃO ENCONTRA AMPARO NO ACERVO PROBATÓRIO – SENTENÇA MANTIDA – RE-CURSOS DESPROVIDOS.

O período de *vacatio legis* estendido por força da Lei n. 11.706/08 não se refere às armas de uso restrito ou impassíveis de registro, como, por exemplo, aquelas de numeração obliterada ou raspada, mas tão-somente abarca as armas e munições de uso permitido, visto que apenas quanto a elas é que a situação do possuidor ou proprietário poderá ser regularizada. Disso decorre a conclusão de que a intenção do legislador não foi, certamente,

a de descriminalizar a conduta estatuída no art. 16 da Lei n. 10.826/03, de modo que a posse de arma de fogo e munição de uso restrito permaneceu proscrita no ordenamento jurídico mesmo durante o período de *abolitio criminis* temporária.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2008.067217-3, da comarca de Itajaí (2ª Vara Criminal), em que é apelante e apelada a Justiça, por seu Promotor, e apelante e apelado Lourival Bento Sabino:

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, negar provimento aos recursos. Custas legais.

RELATÓRIO

O representante do Ministério Público da comarca de Itajaí ofereceu denúncia contra Lourival Bento Sabino pelo cometimento, em tese, das condutas dispostas nos arts. 16, parágrafo único, IV, da Lei n. 10.826/03 e 28 da Lei n. 11.343/06, pelos fatos assim narrados na exordial acusatória:

"No dia 16 de novembro de 2007, por volta das 3h, a Polícia Militar recebeu informações de que o denunciado Lourival Bento Sabino estaria comercializando drogas em sua residência, situada à Rua João Cunha, 167, Bairro Fazenda, nesta cidade, local onde ele também manteria armas de fogo.

Em virtude de tal informação, policiais militares para lá se deslocaram e, nas imediações da residência, avistaram uma pessoa correndo em direção ao imóvel do denunciado, em atitude suspeita, até pelo inusitado da hora.

Diante das informações anteriores e da atitude daquela pessoa, os policiais adentraram na residência do denunciado e, após a realização de buscas, localizaram um revólver calibre 38, devidamente municiado e com a numeração de série raspada, escondido no forro

da casa, arma essa que o denunciado possuía sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar, razão pela qual foi preso em flagrante delito.

Além disso, o denunciado também guardava, supostamente para consumo pessoal, uma pequena bucha de droga vulgarmente conhecida como maconha, em desacordo com determinação legal ou regulamentar".

O processo seguiu os trâmites legais, e, ao final, o Magistrado julgou procedente a denúncia para condenar Lourival Bento Sabino à pena de 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao cumprimento da pena de prestação de serviços à comunidade, pelo prazo de 3 (três) meses, em instituição a ser definida no juízo da execução, pela prática das condutas descritas nos arts. 16, parágrafo único, IV, da Lei n. 10.826/03, e 28, II, nos termos do § 3º, da Lei n. 11.343/06.

Irresignado com o teor do decreto condenatório, o acusado e o representante ministerial interpuseram recursos de apelação, nos quais pugnam, em síntese, pela absolvição, ante o advento da Medida Provisória n. 417/08, convertida na Lei n. 11.706/08, que, ao ampliar o prazo para a regularização da posse de armas de fogo, fazia com que as condutas do art. 16 da Lei n. 10.826/03 praticadas durante esse período fossem atípicas. A defesa pleiteia, sucessivamente, a absolvição do acusado por ausência de provas.

Contra-arrazoado o recurso, os autos ascenderam a esta superior instância, e a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer subscrito pelo Exmo. Sr. Dr. Humberto Francisco Scharf Vieira, opinou pelo desprovimento dos recursos.

VOTO

Os recursos não merecem prosperar.

De fato, o acusado e o órgão ministerial insurgem-se contra a condenação pela prática das condutas descritas no art. 16, parágrafo único, IV, da Lei n. 10.826/03, que assim prescreve:

“Art. 16. Possuir, deter, portar, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob sua guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição de uso proibido ou restrito, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

Parágrafo único. Nas mesmas penas incorre quem:

[...]

IV – portar, possuir, adquirir, transportar ou fornecer arma de fogo com numeração, marca ou qualquer outro sinal de identificação raspado, suprimido ou adulterado”.

Argumentam, para tanto, que a Medida Provisória n. 417/08, convertida na Lei n. 11.706/08, ampliou o prazo para a regularização da posse de armas de fogo até 31-12-2008, período no qual a prática das condutas do art. 16 da Lei n. 10.826/03 não seriam puníveis no direito penal, já que englobadas pelo fenômeno da *abolitio criminis*, ainda que, *in casu*, temporária.

Em primeiro lugar, cumpre salientar que, com relação à apreensão das armas e munições de uso permitido, não há dúvidas de que a ação penal, uma vez intentada, deve ser trancada e a punibilidade do agente extinta. Em caso de condenação, mostra-se forçoso o reconhecimento da absolvição.

Isso porque, como dito, com a edição da Medida Provisória n. 417, de 1º de fevereiro de 2008, convertida na Lei n. 11.706/08, ampliou-se

novamente o prazo até 31 de dezembro de 2008 para que os possuidores e proprietários de arma de fogo de uso permitido e não registradas regularizem essa situação, conforme dispõe a nova redação do art. 30 do Estatuto do Desarmamento, o qual, por oportuno, traslada-se:

"Art. 30. Os possuidores e proprietários de arma de fogo de uso permitido ainda não registrada deverão solicitar seu registro até o dia 31 de dezembro de 2008, mediante apresentação de documento de identificação pessoal e comprovante de residência fixa, acompanhados de nota fiscal de compra ou comprovação da origem lícita da posse, pelos meios de prova admitidos em direito, ou declaração firmada na qual constem as características da arma e a sua condição de proprietário, ficando este dispensado do pagamento de taxas e do cumprimento das demais exigências constantes dos incisos I a III do *caput* do art. 4º desta Lei".

E o art. 32 da Lei n. 10.826/03 também foi alterado no que segue:

"Art. 32. Os possuidores e proprietários de arma de fogo poderão entregá-la, espontaneamente, mediante recibo, e, presumindo-se de boa-fé, serão indenizados, na forma do regulamento, ficando extinta a punibilidade de eventual posse irregular da referida arma".

Dessa forma, fica evidente que a nova lei autoriza a posse de arma de fogo, de uso permitido, sem registro, até o dia 31 de dezembro do corrente ano, pelo que não há crime em tal hipótese, o que, conseqüentemente, não autoriza a prisão, a instauração de nenhum procedimento criminal ou, até mesmo, uma condenação criminal pela prática de tal conduta.

Não obstante, vale consignar que, embora a lei não preveja expressamente, não há dúvidas de que ela possibilita o recolhimento não só de armas de fogo, mas também de munições, pois, ao permitir a entrega das armas cuja posse se proíbe, a lei visa incentivar o desarmamento voluntário, de modo a recolherem-se os objetos e equipamentos que ofereçam risco à incolumidade pública. Ora, se a posse de arma de fogo, de munição, bem como a de acessório recebem a mesma pena e se a Lei prevê a renúncia ao

exercício do poder punitivo no caso de entrega voluntária do objeto material do crime, em função do interesse em diminuir o número de armas de fogo em circulação, o razoável é que o instituto da *vacatio legis* também se aplique nos casos de munição e acessório.

Por outro lado, o mesmo não ocorre em relação às armas de fogo e munições de uso restrito, porquanto o benefício previsto no dispositivo legal citado acima (art. 30 da Lei n. 10.826/03) abarca apenas as armas e munições de uso permitido. A conclusão nos parece clara, a despeito de todo o debate travado doutrinária e jurisprudencialmente, e provém do fato de que somente quanto às armas de fogo e munições de uso permitido é que a situação do possuidor ou proprietário poderá, com efeito, ser regularizada.

Como dito, ao contrário do que alguns vem entendendo, a nova redação do art. 32 da Lei n. 10.826/03 não se refere também às armas de uso restrito ou impassíveis de registro, como, por exemplo, aquelas de numeração obliterada ou raspada, como a do caso dos autos, até porque não estabelece prazo para a devolução espontânea das armas de fogo à Polícia Federal e, certamente, a intenção do legislador não foi descriminalizar a conduta estatuída no art. 16 da Lei n. 10.826/03, a qual, desse modo, continua a ser ilícita.

Com efeito, mostra-se plenamente possível a instauração de procedimento investigativo, ação penal e, certamente, a prolação de um edito condenatório em decorrência da posse ou da guarda das munições de uso restrito comprovada no período que se estendeu até 21-12-2008.

Nesse sentido, mudando o que se deve mudar, colhe-se o julgado desta Corte de Justiça:

"APELAÇÃO CRIMINAL. POSSE IRREGULAR E ILEGAL DE ARMAS DE FOGO. ARTS. 12 E 16, PARÁGRAFO ÚNICO, IV, DA LEI N. 10.826/03.

MEDIDA PROVISÓRIA N. 417/08, QUE DEU NOVA REDAÇÃO AO ART. 30 DO ESTATUTO DO DESARMAMENTO. PRAZO PARA REGULARIZAÇÃO DA POSSE DE ARMAS DE FOGO DE FABRICAÇÃO NACIONAL, DE USO PERMITIDO E NÃO REGISTRADAS, E DE FABRICAÇÃO ESTRANGEIRA, DE USO PERMITIDO, NÃO REGISTRADAS E FABRICADAS ANTERIORMENTE AO ANO DE 1997, ESTENDIDO ATÉ 31 DE DEZEMBRO DE 2008. LEI MAIS BENÉFICA. RETROATIVIDADE PARA ALCANÇAR TODAS AS CONDUTAS PRATICADAS APÓS A VIGÊNCIA DO NOVO ESTATUTO. ATIPICIDADE DA CONDUTA, NO QUE TANGE À ARMA PASSÍVEL DE REGISTRO (ESPINGARDA E MUNIÇÃO RESPECTIVA).

REVÓLVER COM NÚMERO DE IDENTIFICAÇÃO RASPADADO. ARMA DE FOGO NÃO REGISTRÁVEL. SITUAÇÃO NÃO ALCANÇADA PELA MP 417/08. LAUDO PERICIAL ASSINADO POR APENAS UM PERITO, PORÉM OFICIAL. NULIDADE NÃO CONFIGURADA. CRIME DE MERA CONDUTA E DE PERIGO ABSTRATO QUE INDEPENDE DE RESULTADO LESIVO. DOSIMETRIA. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA BEM APLICADA, POIS NÃO TRANSCORRIDOS 5 (CINCO) ANOS DA CONDENAÇÃO CRIMINAL ANTERIOR TRANSITADA EM JULGADO. RECONHECIMENTO, DE OFÍCIO, DA ATENUANTE DA CONFISSÃO. AFASTAMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA, ANTE A ATIPICIDADE DA OUTRA CONDUTA IMPUTADA AO AGENTE. MONTANTE DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE QUE AUTORIZA, AGORA, A SUBSTITUIÇÃO POR DUAS RESTRITIVAS DE DIREITOS, JÁ QUE SOCIALMENTE RECOMENDÁVEL E A REINCIDÊNCIA NÃO É ESPECÍFICA. SUBSTITUIÇÃO PROCEDIDA DE OFÍCIO.

RECURSO CONHECIDO E PROVIDO EM PARTE" (Ap. Crim. n. 2007.045395-8, de Itapiranga, rel. Des. Subst. Victor Ferreira).

E, ainda, desta Relatoria:

"HABEAS CORPUS – POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO E MUNIÇÕES DE USO PERMITIDO E DE MUNIÇÕES DE USO RESTRITO – LEI N. 11.706/08 QUE AMPLIOU O

PRAZO PARA REGULARIZAÇÃO DAS ARMAS DE FOGO DE USO PERMITIDO – BENEFÍCIO QUE NÃO ALCANÇA ARMAS DE FOGO DE USO RESTRITO OU NÃO REGISTRÁVEIS – NORMA QUE DEVE SER ESTENDIDA TAMBÉM À MUNIÇÃO E ACESSÓRIOS – IMPOSSIBILIDADE DE INSTAURAÇÃO DE PROCEDIMENTO CRIMINAL APENAS EM RELAÇÃO ÀS ARMAS DE FOGO DE USO PERMITIDO – AUSÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS PREVISTOS NO ART. 312 DO CPP – REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA QUE SE IMPÕE – ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA" (HC n. 2008.035033-2, de Anita Garibaldi).

Dessarte, não deve subsistir o pleito absolutório com fundamento nas alterações promovidas na Lei n. 10.826/03 e pela Lei n. 11.706/08.

Igualmente, em que pese o esforço defensivo, não merece guarida o pleito sucessivo que objetiva a absolvição pelas condutas do art. 16, parágrafo único, IV, da Lei n. 10.826/03, sob o argumento de que o acervo probatório carreado aos autos apresenta-se frágil.

Nessa tessitura, vê-se que a materialidade exsurge do Auto de Prisão em Flagrante de fls. 2-6, dos Boletins de Ocorrência de fls. 11-14, do Termo de Exibição e Apreensão de fl. 15 e do Recibo de Entrega da Arma de Fogo de fl. 17.

A autoria também se mostra incontestada, sobretudo pelos depoimentos testemunhais de fls. 91-92 e 104-105 que corroboram a confissão do acusado perpetrada na etapa policial.

Das palavras do miliciano Eufrásio Gomes, que participou da prisão em flagrante do acusado, extrai-se:

"Que o depoente estava de serviço no dia dos fatos e juntamente com a GRT, diante de informações de tráfico de drogas, a GRT fez uma campana em frente a casa do acusado conhecido como Biloro; que foi visto um indivíduo entrar e sair da casa; que então tentaram uma abordagem e em revista na residência o depoente encontrou a arma no forro da casa; que o forro era apenas na cozinha e no quarto

não havia; que no quarto era possível pegar e ver a arma; que a arma encontrada era um revólver calibre 38, com numeração raspada, com munição, não se recordando o depoente se estava completa ou não; que quando a GRT entrou o réu estava na rua, em frente a casa; que também foi encontrada uma certa quantidade de maconha; que no momento da prisão o réu confirmou a propriedade da arma e inclusive disse que possuía para se defender, já que estava sendo ameaçado [...]" (fls. 91-92).

Igual teor verifica-se no depoimento policial da agente da Polícia Militar Cláudia Adão da Conceição, que também tomou parte na abordagem do acusado, às fls. 104-105.

A propósito, frisa-se que os depoimentos de policiais não podem ser rejeitados somente pela sua condição funcional. Assim, merecem valor probante, pois apresentam-se isentos de má-fé ou suspeita, conforme remansoso entendimento deste egrégio Tribunal de Justiça.

Sobre a validade dos testigos dos policiais, a doutrina e a jurisprudência mostram-se assentes e consoantes.

Julio Fabbrini Mirabete afirma que:

"[...] não se pode contestar, em princípio, a validade dos depoimentos de policiais, pois o exercício da função não desmerece, nem torna suspeito seu titular, presumindo-se em princípio que digam a verdade, como qualquer testemunha" (*Processo penal*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1995. p. 303).

Da jurisprudência colhe-se:

"Os depoimentos policiais devem ser cridos até prova em contrário. Não teria sentido o Estado credenciar agentes para exercer o serviço público de repressão ao crime e garantir a segurança da sociedade e ao depois negar-lhe crédito quando fossem dar conta de suas tarefas no exercício de funções precípua" (RDJTJRJ 7/287).

Dessa feita, por uníssonos e ricos em detalhes, maneira outra não há senão ter como perfeitamente válidos os depoimentos prestados pelos policiais.

Assim, em que pesem as declarações do acusado na etapa do contraditório que nega estivesse esse portando a referida arma de fogo, pelos depoimentos dos policiais militares responsáveis pela sua prisão, verifica-se de forma incontestada que, na contramão do que alega, ele mantinha a guarda da arma de fogo em questão no momento em que fora abordado, acondicionada no forro de sua residência. Nesse passo, das suas palavras reduzidas a termo na fase policial, colhe-se, *in verbis*:

“Na madrugada de hoje o declarante encontrava-se em sua casa, dormindo, quando ali estiveram Policiais Militares e os quais efetuaram uma revista em sua residência, tendo apreendido um revólver marca Taurus, com munição e sem a numeração de série, bem como uma espingarda de pressão; que além das armas também apreenderam uma pequena bucha de maconha, dinheiro e dois aparelhos de telefone celular; que o declarante alega que as armas de fato lhe pertencem, sendo que o revólver adquiriu há muito tempo atrás, não se recordando de quem o comprou [...]” (fl. .6).

Ademais, as palavras dos testigos de defesa pouco contribuem para o deslinde do feito e, frisa-se, não trazem informações capazes de elidir a responsabilidade penal do acusado. Ainda, não apresentou o réu nenhuma justificativa sobre a completa alteração da sua versão proferida na fase inquisitória para a do contraditório, de modo que a sua retratação, assim como o depoimento da testemunha Alexsandro Pedro Silvano (fl. 124), utilizada para corroborar a mudança em suas palavras, mostram-se imerecedoras de credibilidade, já que se apresentam completamente dissociadas de todo o contexto probatório.

Ou seja, muito embora tenha o recorrente se retratado ao ser interrogado em Juízo, sabe-se que “a confissão extrajudicial prevalece sobre a retratação judicial se esta se apresenta divorciada do conjunto probatório. A jurisprudência é uníssona quando confere maior credibilidade à confissão extrajudicial que à retratação em Juízo, desde que a primeira esteja amoldada às demais provas e circunstâncias dos autos, e a segunda, totalmente inverossímil e divorciada do conjunto probatório” (RT 725/755).

Não se olvida também que a confissão do agente, corroborada pelas demais provas carreadas aos autos, constitui elemento bastante para a prolação de um decreto condenatório.

Nesse sentido, desta Relatoria:

"APELAÇÃO CRIMINAL – CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO – RÓUBO CIRCUNSTANCIADO – EMPREGO DE ARMA DE FOGO – CONCURSO DE AGENTES – MATERIALIDADE INCONTESTE – AUTORIA COMPROVADA – CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL CORROBORADA PELOS DEPOIMENTOS DAS TESTEMUNHAS E PELAS DEMAIS PROVAS COLHIDAS EM JUÍZO.

'A confissão extrajudicial prevalece sobre a retratação judicial se esta se apresenta divorciada do conjunto probatório. A jurisprudência é uníssona quando confere maior credibilidade à confissão extrajudicial que à retratação em Juízo, desde que a primeira esteja amoldada às demais provas e circunstâncias dos autos, e a segunda, totalmente inverossímil e divorciada do conjunto probatório' (RT 725/755)" (Ap. Crim. n. 2008.030950-0, de Brusque).

Dessarte, as palavras dos milicianos aliadas à confissão extrajudicial do acusado, por tratarem-se de depoimentos coerentes e uníssonos, mostram-se capazes de fundamentar o decreto condenatório, ainda mais quando em consonância com as demais provas constantes nos autos, em especial a apreensão da arma em poder do acusado.

Nem se cogite de irregularidades por ocasião da prisão em flagrante do acusado, ante o fato de a autoridade policial ter adentrado na residência do acusado sem que possuísse o competente mandado judicial, uma vez que, conforme se depreende das palavras dos próprios milicianos, apenas procederam à abordagem ao acusado e à revista em sua residência na ocasião em que detectaram um indivíduo correndo em sua direção, em atitude suspeita, momento em que constataram a situação de flagrante delito, consubstanciada pela posse da arma de fogo de uso restrito em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Desse modo, por tratar-se a

conduta do art. 16, parágrafo único, IV, da Lei n. 10.826/03 de crime permanente, em que a situação de flagrância e o momento consumativo protraem-se no tempo, não há falar em nulidade da busca e apreensão procedida. Ou seja, na ocasião em que os milicianos adentraram na residência, o crime de posse ilegal de arma de fogo com numeração raspada já estava consumado na modalidade "guardar", e, como estava configurada, de fato, a situação de flagrância, não há irregularidade a ser apontada no momento da abordagem policial.

A esse respeito, já decidiu esta Corte de Justiça:

"APELAÇÃO CRIMINAL. BUSCA DOMICILIAR. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E PORTE ILEGAL DE ARMA. CRIMES PERMANENTES. DESNECESSIDADE DE MANDADO JUDICIAL E DO AUTO CIRCUNSTANCIADO A QUE ALUDE O ART. 245, § 7º, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. EXIGÊNCIAS SUPRIDAS PELO AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE. NULIDADE NÃO CONFIGURADA. PROVA VÁLIDA. PRELIMINAR REJEITADA.

A expedição de mandado judicial para a realização de busca domiciliar constitui exigência inaplicável aos crimes permanentes, cuja situação de flagrância se protraí no tempo. Como corolário, dispensa a lavratura do auto circunstanciado a que alude o art. 245, § 7º, do Código de Processo Penal, porquanto a descrição da diligência e a assinatura das testemunhas já constam do auto de prisão em flagrante.

'A prisão em flagrante é sempre realizável, seja qual for o lugar ou o momento em que qualquer infração penal esteja sendo praticada. Assim, tratando-se de comércio clandestino de entorpecentes, nulo não é o flagrante efetivado por autoridade policial que, ainda quando desprovida de mandado, invade a moradia do agente para realização da diligência' (TACRIM-SP - AP - Rel. Fernando Prado (designado) - JUTACRIM-SP 29/194)" (Franco, Alberto Silva; Mañas, Carlos Vico; Choukr, Fauzi Hassan; Betanho, Luiz Carlos; Moraes, Maurício Zanoide de; Feltrin, Sebastião Oscar; Bicudo, Tatiana Viggiani, e Ninno, Wilson, Código de processo penal e sua interpretação jurisprudencial, volume 1, 1ª ed., 2ª tir., São

Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2001, p. 959)" (Ap. Crim. n. 2003.027092-2, de Joinville, rel. Des. Sérgio Paladino).

Ressalta-se, outrossim, que o crime descrito no art. 16 da Lei n. 10.826/03 é classificado, quanto ao resultado, como delito de mera conduta, ou seja, aquele que apenas descreve uma conduta e, portanto, consuma-se no exato momento em que essa é praticada.

O aludido crime figura-se, ainda, como de perigo abstrato.

Fernando Capez bem conceitua o crime de perigo concreto e abstrato:

“Crime de perigo: para a consumação, basta a possibilidade do dano, ou seja, a exposição do bem a perigo de dano (crime de periclitação da vida ou saúde de outrem — art. 132 do CP). Subdivide-se em: a) crime de perigo concreto, quando a realização do tipo exige a existência de uma situação de perigo efetivo; b) crime de perigo abstrato, no qual a situação de perigo é presumida, com o no caso da quadrilha ou bando, em que se pune o agente mesmo que não tenha chegado a cometer nenhum crime” (*Curso de direito penal: parte geral*. v. 1. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 242).

Assim, no crime de perigo abstrato, a lei descreve uma conduta e presume que o agente, ao realizá-la, expõe o bem jurídico ao risco. Basta, assim, a prova da realização da conduta para que se presuma a situação de perigo, consoante comprova-se no caso em apreço.

Dessa forma, bem caracterizada a conduta do acusado, qual seja, a de possuir arma de fogo com numeração raspada, deve-se afastar o pleito absolutório formulado nesse sentido.

DECISÃO

Ante o exposto, por unanimidade, nega-se provimento aos recursos.

O julgamento, realizado no dia 3 de março de 2009, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Amaral e Silva, com voto, e dele também participou a Exma. Sra. Desa. Marli Mosimann Vargas. Funcionou como representante do Ministério Público o Exmo. Sr. Dr. José Eduardo Orofino da Luz Fontes.

Florianópolis, 5 de março de 2009.

Solon d'Eça Neves

RELATOR

SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL

APELAÇÕES CRIMINAIS

Apelação Criminal n. 2008.057675-4, da Capital

Relator: Des. Sérgio Paladino

AÇÃO PENAL. TRIBUNAL DO JÚRI. SANÇÃO. TENTATIVA. REDUÇÃO DE UM TERÇO. ALMEJADA DIMINUIÇÃO EM FRAÇÃO MAIOR. ANÁLISE DA EXTENSÃO DO *ITER CRIMINIS* PERCORRIDO PELO AGENTE. REALIZAÇÃO QUASE INTEGRAL DA CONDUTA TÍPICA. SENTENÇA FUNDAMENTADA NO PARTICULAR. IMPOSSIBILIDADE.

Existindo prova nos autos que o agente realizou quase integralmente a conduta tipificada no art. 121 do Código Penal inviabiliza-se a aplicação de fração diversa da mínima prevista no parágrafo único do art. 14 do mesmo diploma.

DEFENSOR DATIVO. REMUNERAÇÃO PELA APRESENTAÇÃO DAS RAZÕES DO APELO. CAUSÍDICO QUE, NOMEADO PELO JUIZ, ATUOU DURANTE TODA A INSTRUÇÃO PROCESSUAL E NO PLENÁRIO DO JÚRI. PRETENSÃO DESCABIDA *EX VI* DO NÚMERO 4 DAS NOTAS GERAIS DA TABELA QUE SE CONSTITUI NO ANEXO DA LEI COMPLEMENTAR N. 155/97.

RECURSO DESPROVIDO.

"A remuneração prevista para os atos isolados somente será devida para os advogados não nomeados assistentes judiciários

no processo" (n. 4 das notas gerais da tabela que se constitui no anexo da Lei Complementar n. 155/97).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2008.057675-4, da comarca da Capital (1ª Vara Criminal), em que é apelante Rodrigo Vidal da Fonseca e apelada a Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, à unanimidade, negar provimento ao recurso. Custas legais.

RELATÓRIO

Na comarca da Capital, o representante do Ministério Público ofereceu denúncia contra Rodrigo Vidal da Fonseca, dando-o como incurso nas sanções do art. 121, § 2º, inciso II, combinado com o art. 14, inciso II, ambos do Código Penal, pelos fatos assim descritos, *ipsis verbis*:

Consta do inquérito policial em anexo que, no dia 26 de fevereiro de 2006, por volta das 23:00 horas, quando se realizava um grito de carnaval nas imediações do Bar da Praia da Tapera, Praia da Tapera, nesta Capital, o denunciado, Rodrigo Vidal da Fonseca, vulgo "Rodriguinho", chutou e jogou uma lata de cerveja num veículo que passava no local, o qual era conduzido por "KIKO", que parou o carro e começou a discutir com "Rodriguinho". Ao presenciar os fatos, a vítima RONALDO LUIZ DOS SANTOS, que é cunhado de "KIKO", interveio na discussão, dizendo-lhe para seguir caminho, evitando assim maior confusão.

Ato contínuo, o denunciado passou a discutir com a vítima Ronaldo, culminando com agressões envolvendo outras pessoas. Em dado momento, o denunciado Rodrigo saiu do local, retornando em seguida com uma arma de fogo, com a qual e com vontade de matar (*animus necandi*) disparou contra a vítima Ronaldo no peito, atingindo a região do hemitórax direito, causando-lhe as lesões corporais de natureza grave descritas nos Laudos Periciais n. 1942 e 2211, de fls. 37 e 34, respectivamente, cuja morte da vítima não ocorreu porque imediatamente socorrida e levado ao hospital. Salta

evidente a futilidade na ação do denunciado uma vez que decorrente de mera discussão de carnaval (fls. 2-3).

Recebida a denúncia (fl. 55) e citado (fls. 62-63), o réu não compareceu ao interrogatório, sendo-lhe decretada, por isso, a revelia, e nomeado defensor dativo (fl. 65), que apresentou a defesa prévia, sem indicar prova oral (fl. 89).

Inquiridas a vítima (fl. 83) e cinco das testemunhas arroladas na exordial (fls. 84-86 e 98-99), as partes ofertaram as derradeiras alegações, na ordem legal (fls. 100-104 e 107-111).

Ato contínuo, a Dra. Juíza Substituta proferiu a sentença, por meio da qual pronunciou Rodrigo como incurso nas sanções do art. 121, § 2º, inciso II, combinado com o art. 14, inciso II, ambos do Código Penal (fls. 112-115).

Apresentado o libelo-crime acusatório (fls. 122-123), a respectiva contrariedade (fl. 132), e cumpridas as demais formalidades legais, Rodrigo foi submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri, tendo o Conselho de Sentença reconhecido, à unanimidade, a materialidade e a autoria do crime, acolhido, por maioria de votos, a qualificadora do motivo fútil, e, afastado, também com divergência na votação, a existência de atenuante genérica (fls. 180-181).

Na sequência, o magistrado infligiu-lhe a pena de 8 (oito) anos e 8 (oito) meses de reclusão, para cujo resgate estipulou o regime inicial fechado, por infração ao art. 121, § 2º, inciso II, combinado com o art. 14, inciso II, ambos do Código Penal (fls. 183-187).

Inconformado, o sentenciado apelou, manifestando o desejo de arrazoar na Superior Instância, ascendendo os autos, então, a esta Corte.

Em suas razões, objetiva a redução da pena com a aplicação de fração intermediária (1/2), resultante do reconhecimento da tentativa, asseveran-

do, ainda, que a sentença é desprovida de fundamentação no particular. Por fim, requer a fixação dos honorários advocatícios (fls. 203-205).

Com as contra-razões (fls. 209-212), manifestou-se a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer do Dr. Humberto Francisco Scharf Vieira, pelo conhecimento e desprovemento do recurso (fls. 215-218).

VOTO

Inicialmente, não carece de fundamentação a sentença na parte que diminuiu a pena, pela tentativa, em um terço, pois o magistrado justificou o redutor, nesse patamar, "em face do maior percurso do *iter criminis*" (fl. 185), sendo suficiente, pois, à respectiva validade.

Quanto ao detalhe, concluiu o Dr. Procurador de Justiça:

Omissis.

Neste ponto, é de crucial importância não confundir uma sucinta motivação com a sua completa ausência. Conforme se pode observar na sentença acostada às fls. 183/187, o magistrado *a quo* justificou a aplicação em menor grau "em face do maior percurso do *iter criminis*". Ora, como é cediço, é exatamente este o critério adotado pela jurisprudência para a mensuração da fração a ser adotada quando reconhecida a tentativa, ou seja, quanto maior for o *iter criminis* percorrido, quanto maior for a aproximação do resultado, tão menor deverá ser a fração de redução.

Assim sendo, justificadas, mesmo que de forma concisa, as razões para a redução no patamar mínimo, não há porque prosperar a alegação de nulidade por descumprimento da determinação do art. 93, IX, da CRFB, ainda mais porque encontra o devido suporte no critério adotado pela jurisprudência ao tratar da matéria (fls. 216/217).

No mais, não procede a insurreição, porquanto há prova nos autos de que o apelante realizou quase integralmente a conduta criminosa, o que torna inviável a diminuição na fração pretendida, em conformidade com

a orientação ditada por Celso Delmanto, Roberto Delmanto, Roberto Delmanto Júnior e Fábio M. de Almeida Delmanto, *verbis*:

Aplica-se à tentativa a pena prevista para o crime consumado, *mas diminuída* de um a dois terços. Essa *redução* deve ter em vista o caminho já percorrido pelo agente na prática delituosa. Assim, se o seu desenvolvimento foi impedido no início, a diminuição será maior; ao contrário, se já percorreu maior espaço, o abatimento será menor. A quantidade de redução ("diminuída de um a dois terços") deve ser fixada pelas circunstâncias da *própria tentativa* e não pelas do crime, pois estas já são consideradas no cálculo da pena-base (Código penal comentado, 6. ed., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 26).

Na espécie, o sentenciado desenvolveu todos os atos tendentes à consumação do homicídio. O fato de haver deflagrado apenas um projétil não ampara a sua pretensão, haja vista que atingiu o hemitórax direito da vítima, região vital (fls. 38-41), obrigando-a a uma intervenção cirúrgica, que a deixou hospitalizada por vinte e um dias, conforme declarou à fl. 178, confirmando o laudo pericial de fl. 38.

A esse respeito, julgou o Superior Tribunal de Justiça:

[...].

2. O fato do agente ter percorrido quase todo o *iter criminis*, enseja, a toda evidência, maior grau de reprovabilidade da conduta do agente, de sorte a exigir uma resposta mais severa para sua conduta. Assim, mostra-se não somente legal, mas coerente e razoável, a redução de pena em apenas 1/3, de modo que seja, ao final, fixada em seu patamar máximo (HC n. 75605/SP, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. em 25.9.07, disponível em <[www.stj.jus.br/jurisprudencia/integra do acórdão](http://www.stj.jus.br/jurisprudencia/integra-do-acordao)> acesso 3 fev. 2009).

No mesmo rumo, decidiu esta Corte:

DOSIMETRIA – PENA-BASE – EXCESSO DE RIGOR NA ANÁLISE DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO ART. 59 DO CÓDIGO PENAL NÃO EVIDENCIADO — FIXAÇÃO COM PARCIMÔNIA PELA ANÁLISE DESFAVORÁVEL DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS – MINORAÇÃO DA TENTA-

TIVA DO CRIME DE HOMICÍDIO FIXADA EM 1/3 (UM TERÇO) – QUANTUM QUE DEVE SER PROPORCIONAL AO ITER CRIMINIS PERCORRIDO – DELITO QUE MUITO SE APROXIMOU DA CONSUMAÇÃO – PATAMAR CORRETAMENTE APLICADO.

“Na tentativa, a redução da pena deve levar em conta o maior ou menor caminho do crime percorrido pelo agente. Ficando o delito bem próximo de sua consumação, a redução pela tentativa deve ser de 1/3 da pena, e não a máxima prevista” (RT 614/283) (APR n. 2005.021097-4, de Chapecó, rel. Des. Tulio Pinheiro).

Por derradeiro, descabe a pretendida remuneração pela apresentação das razões recursais, visto que o defensor nomeado atuou ao longo de toda a instrução e na sessão de julgamento, sendo-lhe fixada a verba honorária na sentença. Aliás, consoante disposto no n. 4 das Notas Gerais da Tabela que se constitui no anexo da Lei Complementar n. 155/97, "a remuneração prevista para os atos isolados somente será devida para os advogados não nomeados assistentes judiciários no processo".

Portanto, só a nomeação destinada à prática de ato determinado autoriza que se o remunere isoladamente.

DECISÃO

Ante o exposto, negou-se provimento ao recurso.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Irineu João da Silva e Salete Silva Sommariva, emitindo parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Dr. Humberto Francisco Scharf Vieira.

Florianópolis, 3 de fevereiro de 2009.

Sérgio Paladino
PRESIDENTE E RELATOR

Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2008.062985-9, de Chapecó

Relator: Des. Sérgio Paladino

ACÇÃO PENAL. TENTATIVA DE FURTO. CONTINUIDADE DELITIVA. AGENTES QUE NA POSSE DE UMA MIXA ENTRARAM EM VEÍCULOS E NADA SUBTRAÍRAM À MÍNGUA DE BENS DE VALOR. NARRATIVA DA DENÚNCIA NO SENTIDO DE QUE OS RÉUS ALMEJAVAM COISAS QUE ESTIVESSEM NO INTERIOR DOS AUTOMÓVEIS. IMPROPRIEDADE ABSOLUTA DO OBJETO MATERIAL. ART. 17 DO CÓDIGO PENAL. CRIME IMPOSSÍVEL CARACTERIZADO. ATIPICIDADE DA CONDUTA. ABSOLVIÇÃO QUE SE IMPÕE. CIRCUNSTÂNCIA QUE APROVEITA AO CO-RÉU NÃO APELANTE POR FORÇA DO PRECEITO INSCRITO NO ART. 580 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.

RECURSO PROVIDO.

A impropriedade absoluta que caracteriza o crime impossível "dá-se quando inexistente o objeto material sobre o qual deveria recair a conduta, ou quando, pela sua situação ou condição, torna impossível a produção do resultado visado pelo agente" (Jesus, Damásio E. de, Código Penal Anotado, 11. ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2001, p. 66).

Se o agente não encontrou nada que tivesse interesse em subtrair do interior do veículo, que abriu com uma mixa, deixando-o intacto, caracterizou-se o crime impossível à míngua da absoluta impropriedade do objeto, o que torna a conduta atípica.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2008.062985-9, da comarca de Chapecó (1ª Vara Criminal e Júri), em que é apelante Joaquim Soares, apelada a Justiça, por seu Promotor e interessado Adriano Bueno Ribeiro:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por maioria de votos, dar provimento ao recurso para absolver o apelante, com fundamento no art. 386, inciso III, do Código de Processo Penal, estendendo-se os efeitos desta decisão ao co-réu, Adriano Bueno Ribeiro, por força do preceito inscrito no art. 580 do mesmo digesto, determinando-se, em face disto, a expedição alvará de soltura se por outro motivo não estiverem presos. Custas legais.

RELATÓRIO

Na comarca de Chapecó, o representante do Ministério Público ofereceu denúncia contra Adriano Bueno Ribeiro e Joaquim Soares, dando-os como incurso nas sanções do art. 155, § 4º, incisos III e IV, combinado com o art. 14, inciso II, ambos do Código Penal, por duas vezes, descrevendo assim os fatos, *ipsis verbis*:

No dia 23 de maio de 2008, por volta das 12h10min, os denunciados ADRIANO BUENO RIBEIRO e JOAQUIM SOARES transitavam pela rua Sete de Setembro, bairro Presidente Médici, nesta Cidade e Comarca, oportunidade em que perceberam o veículo Fiat/Uno, placas CBW-7060, de propriedade de Wilson Nascimento Junior, estacionado no local, vendo em si aguçados seus caracteres e personalidades criminosos, de forma a se munir, imediatamente, do intuito delitivo de subtrair, para si, coisa alheia móvel.

Na seqüência, os denunciados, com o referido *animus furandi*, agindo em comunhão de esforços e vontades e em flagrante demonstração de ofensa ao patrimônio alheio, adentraram no interior do supramencionado veículo se utilizando de uma chave "micha", visando promover a subtração ilícita de objetos de considerável valor econômico ali existentes.

No entanto, já no interior do automóvel, os denunciados não localizaram nenhum bem que pudessem subtrair, ocasião em que empreenderam imediata fuga, não conseguindo, pois, o resultado pretendido por circunstâncias alheias às suas vontades.

Não obstante, ainda no mesmo local, cerca de cem metros distante de onde estava o primeiro veículo, os denunciados ADRIANO BUENO RIBEIRO e JOAQUIM SOARES novamente agindo com manifesto *animus furandi*, em comunhão de esforços e vontades e em flagrante demonstração de ofensa ao patrimônio alheio, adentraram no veículo Fiat/Palio Weekend, placas JZO-8795, de propriedade de Andréa Baldissera, outra vez se utilizando de uma chave "micha", oportunidade em que mais uma vez não lograram encontrar nenhum objeto de considerável valor econômico, razão pela qual a consumação da ação criminosa não se produziu por circunstâncias alheias à vontade dos denunciados (fls. II/III).

Homologado o auto de prisão em flagrante (fl. 20) e recebida a denúncia, os réus pleitearam, sem sucesso, o benefício da liberdade provisória (fls. 64/65).

Citados (fls. 73-74) e interrogados (fls. 76-79), apresentaram a defesa prévia, sem a indicação de prova oral (fl. 81).

Inquiridas as vítimas (fls. 90-91) e as testemunhas arroladas na exordial (fls. 89 e 92), seguiu-se a fase das diligências complementares, sem requerimentos.

Ofertadas as derradeiras alegações, na ordem legal (fls. 98-122), o Dr. Juiz de Direito proferiu a sentença, por meio da qual julgou procedente a denúncia e condenou Adriano às penas de 1 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, e Joaquim a 1 (um) ano, 11 (onze) meses e 3 (três) dias de reclusão, para cujo resgate estabeleceu o regime inicialmente fechado, e 15 (quinze) dias-multa, no valor unitário de um trigésimo do salário mínimo vigente à época dos fatos, por infração ao art. 155, § 4º, incisos III e IV, do Código Penal. Ausentes os requisitos legais, o magistrado deixou de substituir a privativa de liberdade por restritivas de direitos e de conceder o *sursis* (fls. 123-131).

O Dr. Promotor de Justiça opôs embargos de declaração, acolhidos pelo Juiz *a quo*, para constar na parte dispositiva do veredicto que a violação

foi ao art. 155, § 4º, incisos III e IV, combinado com o art. 14, inciso II, ambos do Código Penal (fls. 141-142).

Inconformado, Joaquim apelou, manifestando o desejo de arrazoar na Superior Instância, ascendendo os autos, então, a esta Corte.

Em suas razões, objetiva a absolvição ao argumento de que não há no processo prova suficiente para ensejar o decreto condenatório. Enfatiza, ainda, que apenas passava pelo local, não tendo nenhuma participação no evento, que foi confessado pelo co-réu. Assevera, também, a ausência da materialidade do crime, haja vista que nada foi subtraído. Almeja, outrossim, a aplicação dos princípios da ofensividade e da insignificância. Sucessivamente, pugna a diminuição da pena, a substituição por restritivas de direitos e a alteração do regime de cumprimento (fls. 162-183).

Com as contrarrazões (fls. 187-208), manifestou-se a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer do Dr. Sérgio Antônio Rizelo, pelo conhecimento e desprovimento do recurso (fls. 209-214).

VOTO

Em que pese ao fato das provas dos autos revelarem a materialidade e a autoria do tipo penal descrito no *caput* do art. 155 do Código Penal, os agentes não encontraram nenhum objeto para ser furtado, caracterizando o crime impossível, o que torna atípica a conduta.

Com efeito, no dia 23 de março de 2008, por volta das 12h10, na rua Sete de Setembro, os apenados, portando uma gazua, abriram o Fiat/Uno, placa CBW-7060, pertencente a Wilson Nascimento Júnior, entraram em seu interior e não encontrando nada para ser subtraído, deixaram o local. Mais adiante, agindo com idêntico *modus operandi*, na mesma via pública, adentraram no Fiat/Palio Weekend, placa JZO-8795, de propriedade de Andréa Baldissera, e, como nada havia para ser furtado, retiraram-se. Como as suas presenças já haviam sido percebidas, a polícia foi avisada, indo ao

local, instante em que Adriano dispensou a mixa, sendo os dois presos em flagrante, apreendida, ainda, na posse do apelante, uma chave de fenda.

O art. 17 do estatuto repressivo disciplina que "não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime".

Na espécie, segundo narrou a denúncia e ficou apurado no processo, o apelante e seu comparsa desejavam subtrair objetos de valores existentes no interior dos veículos. Como nada encontraram, deixaram o local. Assim, inexistente a *res*, não se pode admitir a tentativa, tampouco falar-se em impropriedade meramente relativa.

A impropriedade absoluta do objeto material que caracteriza o crime impossível, "dá-se quando inexiste o objeto material sobre o qual deveria recair a conduta, ou quando, pela sua situação ou condição, torna impossível a produção do resultado visado pelo agente" (Jesus, Damásio E. de, Código Penal Anotado, 11. ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2001, p. 66).

Sobre o tema, ainda, ensina Julio Fabbrini Mirabete:

Na segunda parte, o artigo refere-se à *absoluta impropriedade do objeto material* do crime, pois ele não existe ou nas circunstâncias em que se encontra torna-se impossível a consumação. A impropriedade meramente *relativa* do objeto não exclui a tentativa. O crime impossível distingue-se, pois, da tentativa punível porque, enquanto naquele a ação do agente não encontra interferência alheia, derivando a impossibilidade da consumação do meio empregado ou do objeto material, nesta a conduta é interrompida por injunção externa, que impede o resultado, embora este seja sempre possível (Código penal interpretado, 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 193).

A esse respeito, decidiu-se, *verbis*:

Omissis.

Ocorre crime impossível quando o objeto específico do furto – no caso, dinheiro – é manifestamente inexistente no local onde a ação

foi perpetrada. A ausência de outros bens de valor e o dolo específico de subtrair valores em pecúnia denota e impropriedade absoluta do objeto por sua inexistência, e não impropriedade relativa. Aplicação do art. 17 do CP ao caso (RT 849/690).

Do corpo do acórdão do referido julgado, cita-se excerto que se assemelha ao caso concreto:

[...].

Além disso, não havia nenhum objeto de valor como máquinas registradoras ou computadores, mas apenas correspondências simples. O laudo também deixa clara a insignificância da ação lá perpetrada, sendo os vestígios restritos a uma grade de ferro empenada, um cadeado quebrado e alguns papéis revirados em busca de dinheiro ou bens de valor (fotos às f.). Houve um evidente *animus* dos réus em, conforme os depoimentos apurados no inquérito e a prova testemunhal produzida no processo, invadir o estabelecimento e subtrair dinheiro. Ocorre que a ausência do dinheiro foi reconhecida pelo próprio órgão acusador, o que, somado com a inexistência outros bens de valor e a presença do dolo específico de furtar valores em pecúnia, confirma a impossibilidade do crime. A leitura do art. 17 do CP esclarece: "Art. 17. Não se pune a tentativa quando por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime". Trata-se exatamente de hipóteses como a presente, em que o objeto é impróprio à consumação ou mesmo à tentativa válida da prática criminosa por não existir o objeto pretendido dentro do teatro dos fatos. Não há que se falar ainda na relativa impropriedade do objeto, quando é evidente que não há objeto e, portanto, só é possível concluir pela ausência de pressuposto básico para a consecução da conduta tipificada como furto. Ao falar sobre a teoria objetiva do crime impossível, Cezar Roberto Bittencourt explica bem a questão: "Para esta teoria, como não há no crime impossível os elementos objetivos da tentativa e o bem jurídico não corre perigo, não há tentativa e o agente não deve ser punido. Assim, não havendo idoneidade nem nos meios, nem no objeto, não se pune essa ação. O crime impossível constitui figura atípica. Esta é a teoria adotada pelo nosso CP" (Cezar Roberto Bittencourt, Código Penal comentado, 2002, p. 51). Com base no referido comentário, pode-se dizer que sequer existiu o bem jurídico a ser lesado, pois dentro do posto de serviço não havia nada a ser

subtraído. Inexistindo lesividade pela impropriedade do objeto, deduz-se a impossibilidade da prática do furto, mesmo que sob a forma tentada.

Diante disso, sendo atípica a conduta, mister que se proveja o apelo de Joaquim, para absolvê-lo, circunstância que beneficia, também, o co-réu não apelante, Adriano, por força do art. 580 do Código de Processo Penal.

DECISÃO

Ante o exposto, por maioria de votos, deu-se provimento ao recurso para absolver Joaquim, com fundamento no art. 386, inciso III, do Código de Processo Penal, circunstância que aproveita ao co-réu não apelante, Adriano, por força do art. 580, do mesmo diploma legal, determinando-se, em consequência, que seja expedido alvará de soltura em seus favores, se por outro motivo não estiverem presos.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, com voto vencido, o Exmo. Sr. Des. Irineu João da Silva e, com voto vencedor, a Exma. Sra. Des. Salete Silva Sommariva, emitindo parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Dr. Sérgio Antônio Rizelo.

Florianópolis, 3 de fevereiro de 2009.

Sérgio Paladino
PRESIDENTE E RELATOR

Apelação Criminal n. 2008.057030-5, de Chapecó

Relator: Des. Irineu João da Silva

PROCESSUAL PENAL. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA ANTE O INDEFERIMENTO DE DILIGÊNCIAS. REQUERIMENTOS DESPICIENDOS. DECISÃO AFETA AO LIVRE CONVENCIMENTO DO JUIZ. EIVA AFASTADA.

APELAÇÃO CRIMINAL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. HOMICÍDIO CULPOSO QUALIFICADO E LESÃO CORPORAL CULPOSA. CONDUTOR QUE, AO REALIZAR MANOBRA DE CONVERSÃO PROIBIDA, INVADE A PISTA CONTRÁRIA, COLIDINDO COM A MOTO OCUPADA PELAS VÍTIMAS, AS QUAIS TRANSITAVAM EM SUA MÃO DE DIREÇÃO. FATO PREVISÍVEL. PALAVRAS DE TESTEMUNHAS. IMPRUDÊNCIA CARACTERIZADA. PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO EM FACE DE CULPA EXCLUSIVA DAS VÍTIMAS. CONCORRÊNCIA DE CULPAS QUE NÃO É ALBERGADA PELO DIREITO PENAL PÁTRIO. ABSOLVIÇÃO IMPOSSÍVEL. DECISÃO MANTIDA.

PENA CRIMINAL. SUSPENSÃO DA CARTEIRA DE HABILITAÇÃO. PENA ACESSÓRIA QUE DEVE SER FIXADA NOS MESMOS PARÂMETROS DE DEFINIÇÃO DA PRIVATIVA DE LIBERDADE. DIMINUIÇÃO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2008.057030-5, da comarca de Chapecó (1ª Vara Criminal), em que é apelante Vianeí Szpakowski, e apelada a Justiça Pública, por seu promotor:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe provimento parcial, apenas para reduzir a

suspensão da habilitação para dirigir veículos para 3 (três) meses e 3 (três) dias, mantidas as demais cominações da sentença. Custas legais.

RELATÓRIO

O representante do Ministério Público oficiante na 1ª Vara Criminal da Comarca de Chapecó ofereceu denúncia contra Viane Szpakowski, como incurso nas sanções do art. 302, parágrafo único, inc. III e art. 303, parágrafo único, ambos da Lei n. 9.503/97, pelos seguintes fatos descritos na proemial acusatória (fls. I/II):

Na madrugada do dia 4-9-2005, por volta das 4h, o denunciado Viane Szpakowski conduzia o veículo camioneta Nissan, ano 2003, cor amarela, placas MCC-3593, transitando pela Rua Fernando Machado, no sentido Centro/Norte, quando, em manobra de manifesta imprudência, posto que alheio à atenção e aos cuidados indispensáveis à segurança do trânsito, avançou em sentido à Rua Gonçalves Dias, oportunidade em que obstruiu a trajetória da motocicleta Yamaha RD 135, cor preta, placa IHD-8187, que era regularmente conduzida pela Rua Fernando Machado, também no sentido Centro/Bairro, pela vítima Valdoir Zacarias, tendo como caroneiro Osmir Rogério de Almeida, vindo esta a se chocar na lateral direita do automóvel conduzido pelo denunciado.

Dado o choque proveniente da ação imprudente do denunciado, as vítimas Valdoir Zacarias e Osmir Rogério de Almeida foram violentamente arremessadas por cima da camioneta, momento em que o denunciado, mesmo percebendo o acidente e sua presumida grave conseqüência, evadiu-se do local sem prestar socorro às vítimas, o que poderia plenamente fazê-lo sem ocorrência de riscos pessoais.

Em decorrência da queda sobre o asfalto, resultaram à vítima Valdoir Zacarias graves lesões corporais, cuja conseqüência direta foi o seu óbito (laudo de exame cadavérico fl. 9, prontuários de atendimento médico fls.

42/48 e certidão de óbito de fl. 49). A vítima Osmir Rogério de Almeida, que estava como caroneira, sofreu lesões leves (conforme cópia dos prontuários e boletins de atendimento médico fls. 34-41).

Concluída a instrução criminal, a denúncia foi julgada procedente, para condená-lo ao cumprimento da pena de 3 (três) anos, 1 (um) mês e 10 (dez) dias de detenção, em regime aberto, e suspensão da habilitação para dirigir veículos automotores pelo prazo de 4 (quatro) meses e 20 (vinte) dias, nos termos da exordial acusatória (fls. 188-197).

Inconformado com a prestação jurisdicional, o acusado apelou, suscitando, em preliminar, a nulidade do feito, por cerceamento de defesa, pelo indeferimento de diligências requeridas pela defesa. No mérito, a absolvição, alegando culpa exclusiva da vítima. Alternativamente, pleiteou a redução da pena aplicada (fls. 203-206).

Com as contra-razões (fls. 208-220), nesta Instância, a douta Procuradoria Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Pedro Sérgio Steil, manifestou-se pelo conhecimento e não provimento do apelo (fls. 225-230).

VOTO

A preliminar de cerceamento de defesa, pelo indeferimento de diligências, não merece prosperar.

Como bem analisou o insigne parecerista às fls. 226/227, "percebe-se que o pedido formulado pela defesa não se mostrou essencial à elucidação do caso, uma vez que o boletim de ocorrência, o levantamento do local apresentado pela polícia e o croqui do acidente demonstram todas as circunstâncias dos fatos, sendo hábeis a permitir, com plenitude, o exercício do direito ao contraditório e à ampla defesa.

"Especificamente no tocante ao pedido de levantamento do local do acidente, cumpre ressaltar que o deferimento de diligências é ato que se inclui na esfera de relativa discricionariedade do magistrado processante, que poderá indeferi-las quando as julgar protelatórias ou desnecessárias e sem pertinência com a instrução do processo, e, sendo essa a hipótese dos autos, não há que se falar em cerceamento de defesa.

"Sobre o tema, já decidiu esse Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL PENAL – NULIDADE – CERCEAMENTO DE DEFESA ANTE O INDEFERIMENTO DE DILIGÊNCIA – PROVIDÊNCIA IMPERTINENTE PARA O DESLINDE DA "QUAESTIO" – MANIFESTAÇÃO ADEQUADA DA MAGISTRADA (Ap. Crim. n. 2007.006703-2, de Garopada, deste Relator, J. 28-5-07).

"O assunto, aliás, foi abordado com bastante consistência pelo promotor de justiça Fabiano David Baldissarelli, que, em suas contra-razões recursais (fls. 208-220), acrescentou os seguintes argumentos:

De mais a mais, o pedido de vistoria da motocicleta onde estavam as vítimas envolvidas no acidente foi deferido pelo magistrado, que não mediu esforços para atendê-lo, tanto que intimou a proprietária da moto para que prestasse as informações acerca do veículo, porém sobreveio a informação através de certidão judicial que tal motocicleta já teria sido vendida, não tendo mais sido localizada.

Desta forma, como se trata de prova requerida pela parte, e intimada desta solução, o silêncio da defesa demonstrou não ser mais do seu interesse a insistência na prova, o que poderia ser feito na fase de diligências, operando-se, dessa forma, a preclusão processual.

Por outro lado, o pedido de levantamento do local do acidente também não pode ser tido como nulidade, posto que a ordem foi indeferida pela autoridade judicial quando da realização da audiência de instrução e dessa decisão não houve qualquer insurgência ou insatisfação pela defesa, cujos autos avançaram para diligências do art. 499, CPP, e alegações finais. Acrescente-se a isso que, na oportunidade (audiência de instrução), o Dr. Juiz de Direito permitiu à defesa

juntar croqui de levantamento fotográfico do local do acidente, mas assim não procedeu (termo de audiência de fl. 113).

Ultrapassada a questão prévia, no mérito, o inconformismo, também, não tem procedência, pois, verifica-se que o recorrente nada trouxe de novo aos autos para evidenciar equívoco ou injustiça da solução condenatória, a demonstrar a absolvição por inexistência de elementos probatórios de que ele tenha concorrido para a infração penal. Ao contrário, as provas são harmônicas e coerentes o bastante para autorizar a sua condenação nos termos em que foi prolatada.

A materialidade delitiva vem demonstrada pelo boletim de ocorrência de acidente de trânsito (fls. 5), laudo de exame cadavérico (fl. 11) e certidão de óbito (fl. 61).

A autoria desponta incontestada das provas, não assistindo razão ao apelante ao tentar esquivar-se da responsabilidade pelo ilícito, dizendo que houve culpa exclusiva das vítimas.

Na fase policial, o acusado Viane Szpakowski asseverou que, na madrugada do dia 4-9-2005, transitava pela Rua Fernando Machado, quando, próximo a um cruzamento, perto do clube Aba de Peão, sentiu uma forte batida em seu veículo, parando imediatamente e, ao sair do carro, avistou um homem caído, perto da esquina. Aduziu, ainda, que não observou nenhuma motocicleta ou outra pessoa naquele local e, em razão do medo, não acionou os bombeiros e a polícia (fl. 16).

Perante o magistrado, além de repetir as declarações pretéritas, acrescentou que a motocicleta deveria seguir pela Rua Gonçalves Dias, invadindo sua mão de direção, ocasionando a colisão (fl. 91).

Por sua vez, o ofendido Osmir Rogério de Almeida, caroneiro da moto, afirmou que ele e o condutor Valdoir seguiam pela Rua Fernando Machado e, repentinamente, o réu, que vinha em sentido contrário, cortou a frente da moto, dobrando à esquerda no canteiro central. Enfatizou,

ainda, que Valdoir tentou desviar para evitar a colisão, mas não conseguiu. Por fim, consignou que no momento no sinistro chovia e havia neblina (fls. 64 e 114).

A testemunha Evandro do Nascimento Kratzler relatou que estava passando pelo local com os amigos Luciano Soares, Cristiano Lopes e Elias Nunes, quando, em frente à loja Bigolin Materiais de Construção, presenciou o momento em que a caminhonete amarela do acusado, que trafegava pela Rua Fernando Machado, sentido Bairro/Centro, dobrou a rua que subia para a Av. Getúlio Vargas, cortando a frente da motocicleta dos ofendidos. Disse, também, que os dois ocupantes da moto foram arremessados por cima do veículo do recorrente, o qual, sem sair do carro, olhou o que tinha acontecido e se evadiu, sem prestar socorro às vítimas. Comentou, ainda, que, no momento do sinistro, chovia e acionou a polícia e os bombeiros (fl. 35).

Nesse norte seguiram as declarações do testigo Cristiano Lopes, o qual, nas duas fases do procedimento, declarou que presenciou o momento em a moto pilotada pelo ofendido Valdoir Zacarias vinha pela Rua Fernando Machado, sentido Centro-Bairro, e a caminhonete amarela conduzida pelo réu Viane Szpakowski cruzou o canteiro central para entrar na Rua Gonçalves Dias, cortando a frente da moto, e atingiu os dois ocupantes. Contou, também, que o motorista fugiu sem prestar socorro. No mais, registrou que, naquela oportunidade, garoava e um dos corpos ficou próximo a moto, enquanto o outro foi arremessado por cima do veículo do réu, parando perto da loja Trator Peças (fls. 62 e 115).

O policial Ariel Pereira dos Santos, na fase administrativa, declarou que esteve no local dos fatos, onde foi informado por populares que a caminhonete do réu havia cortado a frente da moto no cruzamento das ruas Fernando Machado e Gonçalves Dias (fl. 61). Em juízo, ressaltou

que naquele lugar ocorriam muitos acidentes e, atualmente, não era mais permitida a manobra de conversão à esquerda (fl. 116).

Nesse contexto, resta delineado o cenário delituoso e retratado o desenrolar dos fatos. A moto ocupada pelas vítimas Valdoir Zacarias e Osmir Rogério de Almeida transitava pela Rua Fernando Machado, sentido Centro/Bairro, enquanto o réu transitava pela mesma via, em sentido contrário, sendo que, na altura da Rua Gonçalves Dias, ele fez uma conversão, invadindo a pista contrária e cortou a frente da moto, acarretando a colisão.

Nem se fale que a ausência de croqui para a aferição do ponto de impacto, no intuito de saber qual dos ocupantes deixou de observar o dever de cuidado, tem o condão de afastar a responsabilidade do apelante pelo acidente, pois a prova produzida é segura em indicar que Viane invadiu a mão de direção em que a moto trafegava.

Ora, em nossos dias, em razão da trágica estatística de mortes e graves lesões verificadas no trânsito, diuturnamente noticiadas pelos meios de comunicação e que batem às portas da maioria das famílias, os acidentes passaram a ser praticamente regra. Não se pode mais alegar a imprevisibilidade de sua ocorrência, sendo exigido de cada cidadão total cautela e prudência ao volante.

Importante destacar, não há que se discutir a eventual culpa exclusiva da vítima, como insiste a defesa, porquanto a sua possível contribuição para o evento nefasto, admitindo-se que ela transitava alcoolizada, sem carteira de habilitação, em velocidade incompatível e a moto estava em precário estado de conservação, colaborando na ocorrência do acidente, não tem o condão de suprimir ou mitigar a culpa do apelante, uma vez que a sua conduta imprudente foi, sem dúvidas, a causa determinante do acidente.

Assim se afirma, pois é sabido que, em sede criminal, a concorrência de culpas não afasta a responsabilidade culposa do réu, configurada na falta de prudência ao realizar manobra proibida e incompatível com o trecho percorrido, sendo inafastável, ante todo o quadro que se descortina na hipótese, sua culpabilidade.

VICENTE FONTANA CARDOSO ensina:

Em princípio, a culpa concorrente da vítima não exclui a do motorista causador de acidente de trânsito.

Em matéria de direito penal não se admite a compensação de culpas. Quando muito, a culpa da vítima pode ser causa que autorize certa redução da pena a ser aplicada, havendo condenação do réu.

O motorista, tendo previsibilidade de acidente, agindo com imprudência, negligência ou imperícia, pouco altera sua situação, se houve ou não culpa da vítima (Crimes em Acidentes de Trânsito, p. 117).

Já se decidiu a respeito:

Tendo-se em conta o pacífico entendimento doutrinário e jurisprudencial de que não há compensação de culpas em matéria penal, irrelevante invocar a de outrem para ilidir a própria (TACRIM-SP - AC - Rel. Ercílio Sampaio — JUTACRIM 73/269).

Ainda:

O motorista cuidadoso, que respeita o ser humano e vê nele seu semelhante, tem consciência de suas responsabilidades. Quem dirige veículo automotor tem o dever e a obrigação de manter seu veículo sob seu controle, principalmente em condições desfavoráveis de tráfego, empregando cuidados redobrados para conseguir evitar um mal, vale dizer, deverá estar a uma velocidade condizente com a segurança de si próprio e de terceiros (Ap. Crim. n. 1996.003953-8, de Itapiranga, rel. Des. Nilton Macedo Machado, j. 6-8-1996).

Configurada, assim, a culpa do réu, na modalidade de imprudência, não há que se falar em absolvição e o decreto condenatório pelos crimes

previstos nos arts. 302, parágrafo único, inc. III e 303, parágrafo único, ambos da Lei n. 9.503/1997 era a medida que se impunha.

Por derradeiro, a pena de suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor deve ser reajustada.

Com efeito, na primeira fase, o magistrado fixou as penas relativas aos crimes de homicídio culposo qualificado e lesão corporal culposa no mínimo legal, ou seja, em 2 (dois) anos de detenção e 6 (seis) meses de detenção, respectivamente.

Na segunda etapa, não havia agravantes ou atenuantes a serem sopesadas.

Na etapa derradeira, quanto ao crime previsto no art. 302, parágrafo único, inc. III, da Lei de Trânsito, a pena foi elevada no mínimo previsto para o tipo, ou seja, em 1/3 (um terço), totalizando 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de detenção.

Em relação ao crime de lesão corporal, a pena anterior foi elevada em 1/3 (um terço), em face do previsto no parágrafo único do art. 303 da Lei n. 9.503/97, resultando o montante de 8 (oito) meses de detenção.

Tendo os crimes sido praticados em concurso formal, o magistrado *a quo*, corretamente, aumentou a pena do crime mais grave em 1/6 (um sexto), obedecendo o que determina o art. 70 do CP, totalizando 3 (três) anos, 1 (um) mês e 10 (dez) dias de detenção.

A pena de suspensão da habilitação para dirigir veículos automotores foi estabelecida em 4 (quatro) meses para o crime de homicídio culposo e 3 (três meses) para o de lesão corporal culposa.

Todavia, inarredável observar que o magistrado equivocou-se na fixação do lapso temporal de suspensão da habilitação para dirigir. Conquanto o artigo 293, *caput*, da Lei n. 9.503/97, estabeleça os limites mínimo e má-

ximo de 2 (dois) meses a 5 (cinco) anos, esta pena acessória deve ser fixada segundo os mesmos critérios de definição da pena privativa de liberdade. Dessarte, devem ser adequadas, individualmente, para 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias e, com o aumento pelo concurso formal, fica estipulada, em definitivo, em 3 (três) meses e 3 (três) dias.

DECISÃO

Diante do exposto, decidiu a Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe provimento parcial, apenas para reduzir a suspensão da habilitação para dirigir veículos para 3 (três) meses e 3 (três) dias, mantidas as demais cominações da sentença.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Sérgio Paladino, com voto, e dele participou a Exma. Sra. Desa. Salete Silva Sommariva, lavrando parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Pedro Sérgio Steil.

Florianópolis, 3 de fevereiro de 2009.

Irineu João da Silva
RELATOR

Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2008.059805-9, de Jaraguá do Sul

Relator: Des. Irineu João da Silva

DELITOS CONTRA O PATRIMÔNIO. ESTELIONATOS (CP, ART. 171 C/C ART. 71). MATERIALIDADE E AUTORIA CONSAGRADAS NOS AUTOS. RÉU QUE, COM AUXÍLIO DE COMPARSA, CRIA EMPRESA DE FACHADA, PARA PRESTAR SERVIÇOS DE "INTERMEDIÇÃO" DE PROCESSOS DE APOSENTADORIA, PROMETENDO AGILIZAÇÃO DO TRÂMITE, REDUÇÃO DO PERÍODO CONTRIBUTIVO, E MAJORAÇÃO DO VALOR DO BENEFÍCIO, VISANDO, PRECIPUAMENTE, A AGRICULTORES, QUE, EM RAZÃO DO POUCO ESCLARECIMENTO SOBRE O TEMA, DEIXAVAM-SE ENVOLVER PELA LÁBIA DOS AGENTES. EPISÓDIOS COMPROVADOS À ABASTANÇA. ABSOLVIÇÃO INVIÁVEL. CONDENAÇÃO MANTIDA.

DOSIMETRIA. ELEMENTOS JUDICIAIS ANALISADOS QUE NÃO DESTOAM DO TIPO LEGAL VIOLADO. FIXAÇÃO DA PENA-BASE EM MONTANTE EXACERBADO, EM QUE PESE RECONHECIDOS O INTENSO DOLO E A GRAVIDADE EXCEPCIONAL DA CONDUTA IMPUTADA.

RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO, PARA ADEQUAR A REPRIMENDA.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2008.059805-9, da comarca de Jaraguá do Sul (Vara Criminal e da Infância e Juventude), em que é apelante Oscar Souza da Silva, e apelada a Justiça Pública, por seu promotor:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe provimento parcial, para adequar a reprimenda, nos termos deste acórdão. Custas legais.

RELATÓRIO

O representante do Ministério Público oficiante na Vara Criminal e da Infância e Juventude da Comarca de Jaraguá do Sul ofereceu denúncias contra Oscar Souza da Silva e Rildo Dressel, como incursos nas sanções do art. 171, *caput*, c/c art. 71, ambos do Código Penal.

Nos autos n. 036.07.008165-0, são os seguintes fatos descritos na exordial acusatória (fls. II/VII):

A partir do ano de 2003, os denunciados Oscar de Souza da Silva e Rildo Dressel se uniram e somaram esforços com a finalidade comum de auferir vantagem financeira mediante uma sucessão de golpes dirigidos contra pessoas que estavam encontrando dificuldades para obterem a aposentadoria por tempo de serviço no Regime Geral da Previdência Social.

Para tanto, ambos se associaram em uma suposta empresa, com o nome fantasia "Previ Service", que, nos últimos tempos, teve escritório instalado na Avenida Marechal Deodoro da Fonseca, n. 972, Ed. Royal, sala 04, no Centro de Jaraguá do Sul/SC.

Os denunciados recrutavam "clientes" que pretendiam obter a aposentadoria, fazendo-se passar por advogados ou dizendo terem sociedade com profissionais de advocacia, sempre procurando demonstrar conhecimento sobre o processamento dos pedidos de aposentadoria no INSS, inclusive, fazendo referências a outras pessoas que já teriam sido beneficiadas em situações assemelhadas.

Usando de referida artimanha, cobravam certas importâncias pela prestação de serviços, em quantias variáveis (como se verifica da tabela abaixo), em regra, R\$ 800,00 (oitocentos reais), referentes ao encaminhamento dos pedidos de aposentadoria junto à Agência do INSS, os quais muitas vezes, sequer eram protocolados.

Mas a essência mais lucrativa do golpe vinha mais adiante.

O denunciado Oscar, segundo convenionado com seu comparsa, era a pessoa encarregada de fazer os contatos pessoais com as vítimas e de convencê-las de que o INSS estava recusando o pedido de aposentadoria em razão da falta de contribuições para a Previdência Social.

Com esse discurso, induzia as vítimas e a lhe entregar significativas somas em dinheiro, sob a promessa de que seriam destinadas ao pagamento das parcelas atrasadas das contribuições previdenciárias, o que lhes permitiria obter a aposentadoria em período breve.

Dessa forma, as vítimas lhe entregaram numerosas somas em dinheiro, imaginando que seriam depositadas em favor do INSS para quitar as parcelas atrasadas das contribuições previdenciárias, enquanto os denunciados se apropriavam dessas quantias, partilhando o produto do crime em detrimento de dezenas de vítimas de Jaraguá do Sul.

Para facilitar a compreensão, devido à grande quantidade de crimes contra vítimas diversas, representa-se na tabela abaixo, cada uma das condutas delituosas praticadas pelos denunciados, indicando-se, na primeira coluna, o nome das vítimas e, a seguir, a data do pagamento e os valores a título de honorários pela prestação dos serviços e, posteriormente, a data do pagamento e os valores das quantias auferidas pelos denunciados sob o pretexto de tratarem de parcelas em atraso para com a Previdência Social:

	NOME DA VÍTIMA	HONORÁRIOS		"ATRASADOS"	
		Data do pagamento	Valor R\$	Data do pagamento	Valor R\$
1	Irio Boder	18.08.2003	800,00	13.04.2006	1.400,00
	Irio Boder			04.12.2006	1.000,00
	Irio Boder				5.200,00
2	Helmuth Doehl	13.10.2005	700,00	20.04.2007	8.923,00

	NOME DA VÍTIMA	HONORÁRIOS		"ATRASADOS"	
		Data do pagamento	Valor R\$	Data do pagamento	Valor R\$
	Helmuth Doehl			20.05.2007	9.101,50
3	Wilson Georg	14.07.2003	1.200,00		
4	Zenaide Vieira	08.12.2003	800,00		
5	Jaime Beraldo		700,00	22.07.2004	2.520,00
6	Hildegard Diel Braun	04.09.2003	800,00		
7	Diloni Maria Redlinski Klug	15.04.2003	700,00		
8	João Schwiskowski	13.01.2004	1.200,00	13.01.2004	10.000,00
9	Rolf Borchardt	09.07.2003	700,00		
10	Carlos Alberto Bernardi	12.12.2003	900,00		
11	Rita Bernardi	12.12.2003	900,00		
12	Dornaldo Kopp	25.01.2006	1.000,00	15.01.2007	4.300,00
13	Evanir Hoffmann Heinert	06.02.2003	700,00	10.06.2004	1.750,00
14 e 15	Zenaide Wojciechowski Kopp e Valdir Kopp	16.11.2006	500,00	20.0./2007	3.000,00
	Zenaide Wojciechowski Kopp e Valdir Kopp				5.000,00
16	Laurita Heinert Wackerhage	08.12.2003	500,00		
	Laurita Heinert Wackerhage	28.11.2003	600,00		
17	Orlando Wackerhage	08.12.2003	600,00		
18	Raulina Toewe Heinert	05.12.2003	900,00		
19	Ivo Heinert	05.12.2003	900,00		

Dessa forma, os denunciados utilizaram-se de ardil para induzirem as vítimas a erro e com isso auferiram vantagem patrimonial ilícita.

Nos autos n. 036.06.005005-0, a acusação foi vasada nos seguintes termos (fls. II/VIII):

A partir do ano de 2003, os denunciados Oscar Souza da Silva e Rildo Dressel se uniram e somaram esforços com a finalidade comum de auferir vantagem financeira mediante uma sucessão de golpes dirigidos contra pessoas que estavam encontrando dificuldades para obterem a aposentadoria por tempo de serviço no regime geral da Previdência Social.

Para tanto, ambos se associaram em uma suposta empresa, como nome fantasia de "Previ Service", que, nos últimos tempos, teve escritório instalado na Avenida Marechal Deodoro da Fonseca, n. 972, Ed. Royal Barg, sala 04, no centro de Jaraguá do Sul.

Os denunciados recrutavam "clientes" que pretendiam obter a aposentadoria, ora um, ora outro, fazendo-se passar por advogados ou dizendo terem sociedade com profissionais da advocacia, sempre procurando demonstrar conhecimento sobre o processamento dos pedidos de aposentadoria no INSS, inclusive, fazendo referências a outras pessoas que já teriam sido beneficiadas em situações assemelhadas.

Usando de lábia convincente, cobravam certas importâncias pela prestação de serviços, em quantias variáveis (como se verifica da tabela abaixo), em regra, R\$ 800,00, referentes ao encaminhamento dos pedidos de aposentadoria junto à agência do INSS, os quais, muitas vezes, sequer eram protocolados.

Mas a essência mais lucrativa do golpe vinha mais adiante.

O denunciado Oscar, o qual, segundo convencionado com seu comparsa, era a pessoa encarregada de fazer os contatos pessoais com as vítimas,

convencia-nas de que o INSS estava recusando o pedido de aposentadoria em razão da falta de contribuições para a Previdência Social.

Com esse discurso, induzia as vítimas a lhe entregar significativas somas em dinheiro, sob a promessa de que seriam destinadas ao pagamento das parcelas atrasadas das contribuições previdenciárias, o que lhes permitiria obter a aposentadoria em período breve.

Dessa forma, as vítimas lhe entregaram numerosas somas em dinheiro, imaginando que seriam depositadas em favor do INSS para quitar as parcelas atrasadas das contribuições previdenciárias, enquanto os denunciados se apropriavam dessas quantias, partilhando o produto do crime em detrimento de dezenas de vítimas na cidade de Jaraguá do Sul.

Para facilitar a compreensão, devido à grande quantidade de crimes contra vítimas diversas, representa-se na tabela abaixo cada uma das condutas delituosas praticadas pelos denunciados, indicando-se na primeira coluna o nome das vítimas e a seguir a data do pagamento e os valores a título de honorários pela prestação dos serviços e posteriormente a data do pagamento e os valores das quantias auferidas pelos denunciados sob o pretexto de se tratarem de parcelas em atraso para com a Previdência Social:

	VÍTIMA	HONORÁRIOS		"ATRASADOS"	
		Data do pagamento	Valor R\$	Data do pagamento	Valor R\$
1	Rita Kretzfeld Winkler	08.12.2003	800,00	08.12.2003	6.000,00
	---idem---	-	-	05.04.2004	4.350,00
2	Adelino Weiss	02.12.2003	800,00	14.04.2004	3.470,00
3	Artur Spies	17.03.2003	800,00	ano 2004	5.650,00
4	Iraci Hornburg Borchardt	09.07.2003	700,00	11.02.2004	4.000,00
5	Isolde Mathias Schuenke	15.06.2003	800,00	17.06.2004	3.450,00

	VÍTIMA	HONORÁRIOS		"ATRASADOS"	
		Data do pagamento	Valor R\$	Data do pagamento	Valor R\$
6	Carmen I. S. Dierschnabel	03.10.2003	800,00	Abril/2004	4.550,00
7	Célia B. S. Safanelli	03.10.2003	800,00	Abril/2004	2.160,00
8	Álvaro Boshammer	2003	700,00	19.05.2004	5.370,00
9	Adenor Urban	27.05.2003	1000,00	22.06.2004	4.050,00
10	Daniel Peters	21.11.2003	900,00	22.11.2002	7.500,00
11	Iraci Tissi	04.02.2005	700,00	04.02.2005	5.800,00
	---idem---			08.05.2006	1.820,00
12	Afonso Langa	12.04.2004	800,00	12.04.2004	4.435,00
13	Zecinho Boder	16.05.2003	1000,00	19.07.2004	4.100,00
	---idem---			03.07.2006	300,00
14	Valdir Tecilla	12.05.2003	700,00	05.05.2006	2.100,00
15	Valmir Scoz	28.01.2004	800,00	07.05.2004	6.050,00
16	Marilucia W. Weiss	15.12.2003	800,00	15.12.2003	7.000,00
17	Ivo Klabunde	27.11.2003	800,00	29.03.2004	4.140,00
	---idem---			30.03.2006	1.560,00
18	Inácio Hornburg	ano 2004	700,00	27.04.2004	6.100,00
	---idem---			13.04.2006	2.940,00
19	Anair Fischer Silva	16.02.2004	800,00	21.06.2004	2.850,00
20	Alcir Formigari	06.06.2003	800,00	06.06.2003	1.300,00
21	Antonio B. da Silveira	09.07.2003	800,00	18.06.2004	4.050,00
22	Marcio Lemke	12.05.2003	700,00	10.05.2004	4.380,00
23	Reinilda L. R. Cord	Ano 2004	450,00	03.08.2004	2.530,00
24	Moises Capelari	Ano 2001	500,00	26.07.2004	18.273,00
25	Osmar Lichtenberg	Ano 2002	500,00	18.12.2002	2.200,00

	VÍTIMA	HONORÁRIOS		"ATRASADOS"	
		Data do pagamento	Valor R\$	Data do pagamento	Valor R\$
26	Odete Aparecida Venturi Koch	25.10.2002	600,00	02.12.2005	2.340,00
27	Iracema Felippi Dressel	26.07.2004	400,00	26.07.2004	5.460,00
	---idem---	10.08.2004	400,00		
	---idem---	20.06.2006	350,00		
28	Teresa Keske	06.10.2002	500,00	16.12.2002	1.000,00
29	Irene Sprung Hartmann	21.04.2004	800,00	29.04.2004	4.080,00
	---idem---			04.11.2005	1.720,00
30	Lauro Keller	31.08.2005	800,00	31.08.2005	3.800,00
	---idem---			Dez/2005	4.000,00
	T O T A L		22.800,00		154.878,00

Dessa forma, os denunciados utilizaram-se de ardil para induzirem as vítimas a erro e com isso auferiram vantagem patrimonial ilícita.

Esses autos foram cindidos em relação ao réu Rildo Dressel, prosseguindo, contra ele, na ação criminal n. 036.06.007460-0.

A magistrada, invocando a conexão entre os feitos (n. 036.07.008165-0, 036.06.005005-0 e 036.06.007460-0), prolatou uma única sentença, julgando as denúncias parcialmente procedentes, para condenar os réus Oscar Souza da Silva e Rildo Dressel, respectivamente, ao cumprimento da pena de 6 (seis) anos, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime fechado, e pagamento de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa, cada qual no valor de meio salário mínimo vigente à época dos fatos, e de 8 (oito) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime fechado, e pagamento de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa, cada qual no valor de meio salário mínimo vigente à época dos fatos, pela prática dos crimes previstos no art.

171, *caput*, c/c art. 71, ambos do Código Penal (35 vezes) (fls. 374/396, 540/562 e 731/753).

Inconformado com a prestação jurisdicional Oscar Souza da Silva apelou, requerendo a reforma do édito, para se ver absolvido, por entender ser "manifesta e notória a deficiência probatória que jaz reunida à demanda" e, alternativamente, a redução da pena-base aplicada, em 1/6 (um sexto), e do valor unitário, da pena de multa, reconhecendo a confissão espontânea (fls. 573/578, dos autos n. 036.06.005005-0).

Com as contra-razões (fls. 579/587, dos autos n. 036.06.005005-0), nesta Instância, a douta Procuradoria Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Luiz Fernando Sirydakís, manifestou-se pelo não provimento dos apelos (fls. 595/602, dos autos n. 036.06.005005-0).

É o relatório.

VOTO

Tratam os autos da prática de 35 (trinta e cinco) delitos de estelionato, em continuidade, atribuídos aos réus Oscar Souza da Silva e Rildo Dressel.

Relatam os cadernos processuais que, entre os anos de 2002 e 2006, os acusados, após criarem, informalmente, empresa prestadora de serviços – Previ Service –, aliciaram diversas vítimas, fazendo-as crer que possuíam mecanismos, junto ao INSS, para obterem aposentadorias por idade ou tempo de contribuição, ainda que tais requisitos não se encontrassem adimplidos e, ainda, promoverem revisões dos valores recebidos, a título de benefícios.

Assim é, que, para tanto, solicitavam valores aos contribuintes, alegando serem destinados aos "trâmites para a aposentadoria" e, muitas vezes, também, a título de "contribuições atrasadas", apoderando-se dos numerários, indevidamente.

Outras vezes, à guisa de aumentar o valor a ser percebido futuramente, solicitavam vultosas quantias, sempre em dinheiro, alegando possibilidade de incrementar o benefício.

A materialidade exigida ao tipo penal assacado evidencia-se nos inúmeros boletins de ocorrência policial, Ficha de Atendimento do Procon e da profusão de recibos, que integram os autos.

A autoria, em que pesem as negativas dos réus, encontra provas às escâncaras, coletadas durante as investigações, e confortadas sob o crivo do contraditório.

Tomem-se os depoimentos das trinta e cinco vítimas, que, segundo entendimento da togada, foram, comprovadamente, ludibriadas pelos réus, resultando em suas condenações.

Rita Kretzfeld Winkler, perante o delegado, afirmou que foi procurada pelo apenado Oscar que, após se apresentar como advogado, ofereceu-se para promover sua aposentadoria e, para tanto, cobrou R\$ 6.800,00, sendo R\$ 800,00 "como pagamento de honorários" e, o restante, "para poder aposentá-la por tempo de serviço", aduzindo que "Oscar não aceitava cheque, somente dinheiro". Cerca de um ano depois, ele retornou à sua casa, "dizendo que precisava de mais R\$ 4.350,00, para pagar atrasados junto ao INSS", falando que, em um prazo máximo de um ano, estaria tudo deferido, porém, apenas poucos dias antes de prestar depoimento, a após muita insistência dela, é que ele deu entrada no processo (fls. 5, dos autos n. 036.06.005005-0).

Em juízo, não inovou, apenas aduziu que, "em uma das vezes que Oscar esteve em sua casa, estava acompanhado de um homem que dirigia o carro e a quem ele mencionava ser 'seu patrão'" (fls. 369, dos autos n. 036.06.005005-0).

Já a vítima Adelino Weiss relatou, em ambas as fases processuais, que, ao ser procurada por Oscar, "ele disse que trabalhava para um advogado, de nome Rildo, sem citar o sobrenome", propondo-se a aposentá-la "administrativamente", desembolsando, para tanto, R\$ 800,00. Quatro meses depois, foi procurado, novamente, por ele, que disse que, "caso recolhesse R\$ 3.470,00 de atrasados junto ao INSS, obteria uma aposentadoria maior", razão pela qual lhe entregou, também, essa quantia. Pouco antes de comparecer à promotoria, foi, mais uma vez, procurado por Oscar, que lhe solicitou R\$ 350,00, "para fazer declaração de trabalho na roça", porém se negou a fazê-lo (fls. 10 e 371, dos autos n. 036.06.005005-0).

Marilucia Winkler Weiss narrou que foi procurada pelo réu Oscar, que se ofereceu para promover sua aposentadoria, mesmo faltando três anos de contribuição, e a de seu marido, Adelino Weiss e, para tanto, desembolsaram dois pagamentos de R\$ 800,00, "a título de honorários", R\$ 3.450,00, "para pagar os atrasados junto ao INSS" referentes a Adelino e R\$ 7.000,00 referentes à inadimplência dela. Ocorre que, posteriormente, toda vez que era procurado, o acusado Oscar "sempre enrolava", motivo pelo qual decidiram efetuar a denúncia (fls. 168, dos autos n. 036.06.005005-0).

O ofendido Artur Spies revelou ao representante ministerial que foi procurado, em sua residência, "pelo senhor Oscar Souza, que disse que trabalhava para um advogado, de nome Rildo, sem citar o sobrenome", propondo-se a promover sua aposentadoria e, para tanto, solicitou R\$ 800,00 de "honorários". Encaminhado o requerimento, ele foi indeferido, ao argumento de que "ele era muito novo", entretanto, "Oscar lhe falou que voltaria a encaminhar o pedido, mas que isso, faria sozinho, sem a sua presença", alegando necessitar de R\$ 5.650,00 "para pagar atrasados junto ao INSS" e, dessa forma, ele "se aposentaria com o valor máximo" e, depois disso, não obteve mais informações, porque "Oscar sempre se

escapava, isso, quando se encontrava em seu escritório" (fls. 13, dos autos n. 036.06.005005-0).

Na presença da juíza, tão somente acrescentou que "não chegou a procurar o tal advogado Rildo porque Oscar sempre dizia que ele nunca estava", além do que, "não conhecia ninguém que tivesse se aposentado através do trabalho do réu" (fls. 372, dos autos n. 036.06.005005-0).

Iraci Hornburg Borchardt contou, tanto na delegacia, quanto em juízo, que ela e seu marido foram procurados, em casa, por Oscar, que se ofereceu para promover a aposentadoria de ambos e, para tanto, levou a documentação necessária. Segundo o acusado, para que ela se aposentasse com uma receita mais elevada, "teria que pagar o valor de R\$ 4.000, 00 para ele", além de R\$ 700,00 para "dar entrada" no processo, ocasião em que ele "prometeu que, em menos de um ano, a aposentadoria sairia". Naquela oportunidade, Oscar disse que ela teria direito a adicional por insalubridade, ao que redargüiu que, por trabalhar no setor de corte de malha, na empresa "Malwee", não teria esse direito, entretanto, ele respondeu que "tinha direito sim, e o chefe dele, Rildo Dressel, iria conseguir". Porém, após se passarem cerca de três anos, quando se seguiram inúmeras buscas junto ao acusado Oscar, nada aconteceu, até que "o INSS entrou em contato para dizer que ela não tinha direito à aposentadoria, pois só tinha 26 anos de trabalho na Malwee e que não teria direito à insalubridade", gerando a obrigação de assinar um documento desistindo do processo. Em função disso, questionou Oscar, tendo ele dito que "não era para ir ao INSS, e que isso só atrapalhava o serviço dele" (fls. 61/62, dos autos n. 036.07.008165-0, e fls. 373, dos autos n. 036.06.005005-0).

Relato de semelhante teor encontra-se às fls. 16 dos autos n. 036.06.005005-0.

Isolde Mathias Schuenke, tanto na fase policial, quanto em juízo, asseverou que deu dinheiro para Oscar, pois ele "dizia que trabalhava para

um advogado de nome Rildo", e, que "o dinheiro seria encaminhado para ele", para que conseguisse sua aposentadoria. Segundo ela, as ações do réu Oscar davam a entender que o trabalho dele consistia em "conseguir clientes para que o advogado fizesse os pedidos no INSS". Informou, ademais, que, embora "nunca tenha visto nenhuma placa no escritório, nem com o nome dos acusados", "preencheu umas fichas que tinham o nome do Rildo escrito no cabeçalho" (fls. 19 e 500/501, dos autos n. 036.06.007460-0).

Nos autos da ação n. 036.07.008165-0, a vítima disse que desembolsou R\$ 800,00 (oitocentos reais) "pelos serviços" de Oscar e, decorrido um ano, mais R\$ 3.450,00 (três mil quatrocentos e cinquenta reais), "para receber um maior salário de aposentadoria". Como, transcorridos mais dois anos, nada acontecia, passou a procurar por Oscar e, no final de 2005, obteve resposta da secretaria que "ele e Rildo estavam em férias e que só voltariam após o carnaval". Nesse meio tempo, como ele não lhe restituía os documentos, foi até a agência do INSS, descobrindo que estavam lá, e que seu pedido havia sido negado em 2004, levando-a a interpelar o acusado Oscar, que se mostrou contrariado. Por fim, afirmou que, em 2006, quando procurou pelo réu, "para cancelar os serviços, pois ele não cumpria o que tinha acordado", ele lhe apresentou dois documentos, que, segunda a vítima, "assinou sem ter ciência do conteúdo, pois ele ia conversando com ela, ao mesmo tempo em que pedia para assinar os documentos", referindo-se a duas declarações em que o isenta de má-fé e diz que foi "induzida a processá-lo" (fls. 66/70, dos autos n. 036.07.008165-0).

Verifica-se que, nos autos n. 036.06.005005-0 a vítima Isolde manteve os termos de seus relatos, alertando que "nunca viu, pessoalmente, o tal Dr. Rildo, e Oscar dizia que ele tinha outros problemas para resolver" (fls. 19 e 375/376).

Carmem Inês Satler Dierschnabel falou que, quando entrou em contato, "Oscar dizia que trabalhava para um advogado de nome Rildo", indi-

cando o escritório na Rua Mal. Deodoro, onde esclareceu "que trabalhava lá com seu patrão Rildo, aduzindo, também, que, anteriormente, "o escritório era no bairro Vila Nova", onde havia uma sala fechada, que o réu Oscar dizia que era a sala de Rildo (fls. 502, dos autos n. 036.06.007460-0).

Nos autos n. 036.06.005005-0 a vítima Carmem detalhou, nas duas fases processuais, os valores desembolsados: R\$ 800,00, "como honorários", e R\$ 4.550,00, "referentes a quatro anos de atrasados" (fls. 26/27 e 374).

Célia Bernadete Satler Safanelli narrou a conduta do acusado Oscar na mesma toada, afirmando ter pago R\$ 800,00 como "honorários" e, mais R\$ 2.160,00, "para poder se aposentar com uma renda de R\$ 850,00", não logrando qualquer benefício em vista disso (fls. 29/30 e 381, dos autos n. 036.06.005005-0).

Álvaro Boshammer disse, na delegacia, que conheceu o acusado Oscar por intermédio de seu primo, Rudi Porath, também vítima do mesmo golpe, e que pagou a ele R\$ 700,00, "a título de honorários", segundo o acusado, "reembolsáveis", em caso de insucesso, e, cerca de um ano depois, mais R\$ 5.370,00, "para quitar dívida junto ao INSS, referente a atrasados". Assegurou que sua aposentadoria não foi deferida e, que, junto à Previdência Social foi-lhe informado que "o procedimento encaminhado por Oscar não estava certo e que a aposentadoria tinha sido negada", sendo que após isso, não conseguiu mais contato com ele, pois seus telefones de contato "ficaram inativos" (fls. 97/98 e 380, dos autos n. 036.06.005005-0).

Adenor Urban foi encaminhado ao réu Oscar por Elzira Klug, com que ele mantinha relacionamento amoroso, tendo-lhe pago R\$ 1.000,00 pelos "serviços" iniciais, prometendo-lhe devolver a quantia, "caso não conseguisse a aposentadoria dentro de um ano". Na ocasião, o réu se apresentou como "consultor da empresa Previ Service Ltda.", e que "seu patrão

era advogado e se chamava Dr. Rildo Dresser". Passado, aproximadamente, um ano, Oscar o procurou, alegando que o INSS havia "mudado o critério de aposentadoria" e, agora, "baseava-se em uma idade de expectativa de vida maior", porém, "apontou como solução o pagamento de um valor que calculou na hora, baseado em fórmula que disse ter sido fornecida pelo INSS", e que, assim, ele poderia "se enquadrar no novo sistema". Em razão disso, a vítima desembolsou R\$ 4.050,00, contudo, após um período, não logrou mais fazer contato com ele, pois nunca o encontrava no escritório e nem lhe atendia ao telefone (fls. 101/102 e 378, dos autos n. 036.06.005005-0).

De acordo com Daniel Peters, o réu Oscar assegurou "que tinha um patrão que possuía uma fábrica de doces e, que, por ele ser, também, advogado, é que ambos eram sócios nos serviços de aposentadoria", entretanto, nunca declinou o nemo de seu suposto sócio ou patrão (fls. 506, dos autos n. 036.06.007460-0).

Nos autos da ação criminal n. n. 036.06.005005-0, a vítima disse, ainda, que desembolsou R\$ 900,00, ante a promessa de Oscar de obter a aposentadoria em, "no máximo, dois meses", pois "possuía um amigo que trabalhava na agência central do INSS, em Florianópolis" e, assim, conseguia "acelerar aposentadorias". Diante da consideração de Daniel, de que possuía um débito junto à Previdência e, ainda, que não havia adimplido o tempo necessário à aposentadoria, Oscar respondeu que "não teria problemas, desde que pagasse os R\$ 8.000,00" que devia, e foi o que fez. Contudo, não apenas não obteve o benefício, como, ainda, não conseguiu que o réu Oscar lhe devolvesse o dinheiro entregue (fls. 105/106 e 377).

Iraci Tissi disse que Oscar se apresentou como "advogado" e lhe propôs cuidar de seu processo de aposentadoria, bem como, "rever os valores" percebidos por seu marido, que já se encontrava aposentado, cobrando R\$ 700,00 para cada um deles, pelos "serviços que iria prestar". Posteriormente,

Oscar fez contato, alegando que ela estaria com um débito no montante de R\$ 14.000,00, junto ao INSS, e que seria preciso saldá-lo. Porém, a vítima disse não ter como pagar e, que, sendo assim, "não contrataria seus serviços", razão pela qual, poucos dias depois, o acusado ligou, dizendo que "havia conseguido um bom desconto, baixando a quantia exigida para R\$ 5.800,00", valor que acabou por lhe entregar. Contou, ainda, que, por precaução, ligava, pelo menos, uma vez ao mês para ele, sempre sendo informada de que "tudo estaria correndo dentro dos conformes", mas que "era um tipo de processo demorado". Em 2006, Oscar, novamente, justificou ser necessário o pagamento de R\$ 1.820,00, em face de "um período de tempo sem contribuição", que lhe foi entregue e, perguntando pelos recibos correspondentes, ele disse que, "ao final, aparecem no computador do INSS". No mais, disse que, após isso, "tanto os telefones que ele forneceu, quando seu escritório, foram desativados" (fls. 104/105 e 379, dos autos n. 036.06.005005-0).

Afonso Langa garantiu ter entregue a Oscar R\$ 800,00, "a título de honorários" e, mais R\$ 4.435,00, por conta do "período de quatro anos, que ele havia deixado de contribuir", embora o primeiro pedido tenha sido de R\$ 15.000,00. Passados dois anos, ele foi até a agência do INSS, onde foi informado que os valores ainda permaneciam em aberto, motivo pelo qual procurou por Oscar, tendo ele dito que devolveria os documentos e o dinheiro, entretanto, após aquele dia, "não mais se fez localizável" (fls. 119/120, dos autos n. 036.06.005005-0).

Na fase judiciária, o ofendido apenas destacou que não desconfiou da diferença entre o primeiro valor pedido e o segundo, porque Oscar lhe explicou que, recolhendo R\$ 15.000,00, ele teria direito a se aposentar recebendo R\$ 1.500,00 por mês e, quitando, apenas, R\$ 4.435,00, o benefício seria de R\$ 900,00 (fls. 382, dos autos n. 036.06.005005-0).

A vítima Zecinho Boder, tanto na fase de investigação, quanto em juízo, registrou ter pago R\$ 1.000,00 para Oscar, que "seriam os honorários para encaminhar a papelada", um ano depois, mais R\$ 4.100,00, a título de "pagamento de 36 meses de INSS" e, posteriormente, R\$ 300,00 para o Sindicato Rural, todos, valores que Oscar recebeu pessoalmente. Sobre a participação de Rildo Dressel, esclareceu que, em dado momento, Oscar lhe pediu duas procurações, sendo uma para que ele 'pudesse efetuar as transações referentes ao processo" e, outra, "para outro advogado que estaria ajudando-o para o mesmo fim". Contou, ademais, que até aquela data – 27.5.2007 – não tinha nenhum posicionamento do pedido aposentatório e, da mesma forma, não conseguiu mais entrar em contato com o réu Oscar (fls. 140/141 e 383, dos autos n. 036.06.005005-0).

Valdir Tecilla revelou que, em 2003, "teve conhecimento dos serviços de Oscar" por intermédio de dois amigos que, "à época, haviam encaminhado suas aposentadorias com ele". Disse que desembolsou R\$ 700,00 "para iniciar o processo", algum tempo depois, R\$ 3.850,00 "para o pagamento complementar referente ao INSS" e, em 2006, R\$ 2.100,00 "referente ao Fundo Rural". Nesse mesmo ano, a esposa da vítima conversou por telefone com Oscar, pedindo-lhe o número do protocolo junto à agência previdenciária e, para tanto, marcaram um encontro, mas ele não compareceu. Depois disso, houve novo contato, em que ele se comprometeu a procurá-la, para entregar o protocolo, o que, também, não ocorreu e, doravante, não lograram mais contatá-lo em nenhum dos telefones indicados (fls. 147/148 e 384, dos autos n. 036.06.005005-0).

Valmir Scoz, na presença do delegado, disse que, em janeiro de 2004, procurou por Oscar em seu escritório, recomendado por pessoas que "encaminharam suas aposentadorias com ele", sendo inteirado de que "não era advogado, mas que tinha um amigo que assinaria e se responsabilizaria pela documentação e encaminhamento do processo", motivo que o levou a entregar R\$ 800,00 "referente a serviços que ele prestaria". Em maio de

2004, Oscar solicitou o pagamento de R\$ 6.050,00, "referente a diferenças salariais", avisando que, assim, ele receberia R\$ 1.500,00 de aposentadoria, ao invés de R\$ 900,00. Em 2005, foram juntos ao INSS, onde havia, também, outras pessoas trazidas por ele, com a mesma finalidade, ocasião em que foi apresentado a "uma advogada que ajudaria na execução do processo", para quem assinou uma procuração. Porém, passado algum tempo e, como não obtinha qualquer notícia, pesquisou na "internet" e descobriu que o pedido não havia sido aceito, por conta de tempo de contribuição inferior ao mínimo exigido, o que o levou a telefonar para Oscar, que justificou que "estava entrando com recurso à Junta de Recursos da Previdência Social", não conseguindo mais contactá-lo depois disso (fls. 152/153 e 385, dos autos n. 036.06.005005-0).

A vítima Ivo Klabunde, na polícia, revelou ter pago a Oscar as quantias de R\$ 800,00, em 2003, R\$ 4.140,00, em 2004 e R\$ 1.560,00, em 2005 e, em 2006, quando ele, novamente, solicitou mais dinheiro, negou-se e discutiram, sendo que, doravante, não mais consegui manter contato com ele e, no INSS, "foi informado que estava tudo engavetado" (fls. 173 e 418, dos autos n. 036.06.005005-0).

No mesmo sentido são as informações de Inácio Hornburg, que, diante do delegado, contou ter pago R\$ 700,00 a Oscar, sob a promessa de que, mesmo não possuindo tempo suficiente de contribuição, obteria o benefício da aposentadoria, posto que "ele daria um jeito". Meses depois, desembolsou a quantia de R\$ 6.100,00, "para pagamentos retroativos" e, após alguns dias, ambos foram ao INSS, para encaminhar o processo, "no entanto, Oscar inventou uma desculpa, e acabaram não sendo atendidos". Depois desse episódio, tentou, inúmeras vezes, fazer contato com o réu, mas não teve sucesso. Porém, em 2006, sob a alegação de que "estava com dificuldades para encaminhar o processo, pois havia uns atrasados para pagar", solicitou mais uma parcela de R\$ 6.100,00, que lhe foi paga,

sendo essa a última vez que teve contato com ele (fls. 177, dos autos n. 036.06.005005-0).

Anair Fischer Silva disse à togada que, "por indicação de colegas de trabalho, contratou os serviços de Oscar de Souza, o qual trabalhava para a empresa 'Previ Service Ltda.', de propriedade de Rildo Dressel". Em depoimento colacionado às fls. 536 dos autos n. 036.06.007460-0, ratificou as declarações prestadas na fase policial, tendo asseverado, ainda, "que foi a depoente quem escreveu à mão o nome do Rildo no verso do cartão (de fls. 538) para não esquecer; que foi o Oscar que deu este cartão para a depoente, esclarecendo que ele fazia os trâmites para a aposentadoria, mas quem assinava tudo era o patrão dele, de nome Rildo" e, ainda, "que Oscar dizia que era empregado da empresa Previ Service e o patrão era o Rildo".

Nos autos n. 036.06.005005-0, a vítima confirmou seus dizeres, ressaltando "ter contratado os serviços de Oscar de Souza, que trabalhava para a empresa Previ Service Ltda., de propriedade de Rildo Dressel", e que desembolsou, para o primeiro, em diferentes períodos, R\$ 800,00 (fevereiro de 2004), R\$ 2.850,00 (junho de 2004) e R\$ 150,00 (julho de 2006) (fls. 189).

Antônio Belarmino da Silveira disse ter pago R\$ 800,00 a Oscar para "encaminhar o requerimento de sua aposentadoria", e R\$ 4.050,00, para, segundo o réu, "incluir o tempo de trabalho na roça e aumentar o teto do benefício". Entretanto, quando foi deferido o benefício, passou a perceber, apenas, um salário mínimo, divergente do que tinha sido proposto pelo réu. Não bastasse isso, quando recebeu o montante relativo aos valores em atraso – R\$ 2.750,00 – Oscar o acompanhou até a CEF, onde pagou ao acusado 20% desse valor e, o restante, foi convencido a emprestar ele, que argumentou que "seu pai estava à beira da morte". Algum tempo depois, Oscar retornou "com a mesma desculpa", solicitando-lhe a quantia de

R\$ 5.000,00, mas emprestou, apenas, R\$ 1.000,00, sendo esse o último contato que teve com ele (fls. 193, dos autos n. 036.06.005005-0).

Márcio Lemke pagou a Oscar R\$ 700,00 pelos "serviços" junto à Previdência Social e R\$ 4.380,00 referentes a "atrasados", pois, segundo o réu, "somando o adicional de insalubridade, com certeza, conseguiria aposentá-lo". Contudo, depois de algum tempo alegando "dificuldades para reunir todos os documentos", os contatos rarearam, oportunidade em que ele justificava que, "devido a mudança das leis, o processo demoraria mais um pouco" (fls. 196, dos autos n. 036.06.005005-0).

Reinilda Luzia Rosa Cord contou, na delegacia, que Oscar foi até sua residência e, "após analisar o seu caso", assegurou que ela tinha condições de se aposentar, cobrando, para seus "serviços", R\$ 450,00, e R\$ 2.530,00 em razão de "valores atrasados". Mesmo assim, como não obtinha qualquer retorno do réu, esteve no posto do INSS, onde foi cientificada de que o requerimento havia sido indeferido, em virtude da insuficiência do tempo de contribuição (fls. 204, dos autos n. 036.06.005005-0).

Moisés Capelari, na fase investigatória, relatou que os acusados eram conhecidos de sua família, razão pela qual fez contato com Oscar, que foi até sua residência, acompanhado de Rildo, a quem apresentou como sendo "dono da empresa". Na ocasião, após analisarem suas Carteiras de Trabalho, "ambos disseram que, em até trinta dias, ele estaria aposentado", motivo pelo qual "resolveu contratar os serviços dos réus, tendo pago a quantia de R\$ 500,00, a título de honorários" (fls. 209/210, dos autos n. 036.06.007460-0).

Nos autos n. 036.06.005005-0, a vítima Moisés reforçou a imputação aos réus, assegurando ter tratado dos "serviços" com ambos. Não fosse isso, detalhou que, como Oscar lhe pediu o valor de R\$ 18.270,00, referentes a parcelas em atraso, entre os anos de 1985 e 1991, e ele não dispunha de tal montante, ofereceu R\$ 2.000,00 à vista, e o restante em

cheques, proposta que Oscar disse que iria levar para Rildo. Assim, no mesmo dia, ele retornou, dizendo que "Rildo dispunha de um dinheiro e, como o conhecia, emprestaria para quitação da dívida junto ao INSS e ficaria com os cheques pré-datados". Aduziu, ainda, que, parcela de aludido "atrasado" – R\$ 3.273,00 – foi descontada de uma dívida que Rildo tinha para com ele, por conta de serviços efetuados para a empresa dele, em sua gráfica e que "todos os cheques foram descontados por Oscar e Rildo", com exceção de R\$ 500,00, "que eles trocaram com um agiota". Por derradeiro, esclareceu que, após consultar o órgão previdenciário, tomou conhecimento que seu processo havia sido encaminhado, "mas os atrasados não foram pagos", o que motivou o indeferimento de sua aposentadoria, conforme documento que apresentou (fls. 209/212, dos autos n. 036.06.005005-0).

Na fase judicial, reiterou sua narrativa (fls. 508, dos autos n. 036.06.005005-0 e fls. 584, dos autos n. 036.06.007460-0).

Osmar Lichtenberg narrou ao delegado a mesma maneira de agir, detalhando ter pago a Oscar, mediante a garantia de sucesso no pedido aposentatório, R\$ 500,00 para que ele encaminhasse o requerimento junto ao órgão encarregado, e R\$ 2.200,00, pelos "atrasados" e, desde então, "não teve nenhuma resposta a respeito de sua aposentadoria" (fls. 217, dos autos n. 036.06.005005-0).

Odete Aparecida Venturi Koch, na fase policial, assegurou que, quando Oscar esteve em sua casa, "disse que trabalhava em conjunto com o cidadão Rildo e era ele quem providenciava os requerimentos", cobrando pelos "serviços" R\$ 600,00, porém, somente depois de muito insistir, em abril de 2004, Oscar foi com ela até o INSS, onde deram entrada nos documentos, ocasião onde ele afirmou que, em 45 dias, estaria aposentada. Contudo, até dezembro daquele ano, não havia obtido o benefício, período em que foi, novamente, procurada por Oscar, que lhe

disse ser necessário o pagamento de R\$ 2.340,00 de "atrasados", quantia que tomou emprestado com sua filha, pois não dispunha do valor. Por derradeiro, esclareceu que o benefício não foi deferido em virtude do tempo de trabalho na agricultura não ter sido incorporado" (fls. 220/221, dos autos n. 036.06.005005-0).

Iracema Filippi Dressel, na polícia, informou que o acusado Rildo era seu sobrinho, e que conheceu o réu Oscar por intermédio dele, sendo que tinham intensa convivência, razão pela qual, no ano de 2004, deixou-se convencer por eles da possibilidade de se aposentar, uma vez que eles disseram possuir "uma empresa que prestava serviços para auxiliar no encaminhamento de pedidos de aposentadoria". Assim é, que lhes entregou suas carteiras de trabalho e demais documentos e, algum tempo depois, "Oscar lhe disse que a aposentadoria seria deferida, após serem pagas alguns atrasados – cerca de R\$ 5.460,00 – e, que levaria menos de um ano", e que cobravam R\$ 400,00 "pelos serviços", mesmo valor que desembolsou, novamente, a título de "despesa do processo", que foram pagos, conforme recibos que anexou. Entendendo moroso o trâmite, procurou por Oscar, via telefone, diversas vezes, mas ele "sempre inventava uma desculpa". Então, em 2005, foram ao Sindicato dos Trabalhadores Rurais, onde obtiveram documentos que, segundo ele, "era o que faltava para ela se aposentar" e que "ela poderia sair do emprego", o que a levou a "fazer acordo na empresa", mas, mesmo assim, "continuou a ser enrolada". Ainda segundo ela, já em 2006, foi procurada por Oscar, que lhe disse que sua aposentadoria "ainda não havia sido deferida por problemas no INSS", mas que "ela teria muito dinheiro para receber", relativo ao tempo de trabalho na "Empresa de Conservas Jomar", mas, que, para tanto, teria que encaminhar um processo complementar e, pelo serviço, cobraria a quantia de R\$ 350,00", que, de fato, foi-lhe entregue. No mais, relatou que, nesse mesmo dia, "comentou com Oscar que recebera informação do INSS sobre o indeferimento de sua aposentadoria" e ele levou o documento, "dizendo que iria averiguar,

mas, desde então, ela não foi mais procurada pelos acusados", lembrando-se que suas declarações foram obtidas em junho de 2007 (fls. 225/226, dos autos n. 036.06.005005-0).

Em juízo, nos autos n. 036.07.008165-0, reforçou seus dizeres (fls. 258).

Perante a magistrada, reforçou a narrativa, assegurando que "conheceu Oscar porque ele trabalha para seu sobrinho Rildo em 'negócios de aposentadoria'", ressaltando, ainda, que, após procurar o posto do INSS, em Jaraguá do Sul, obteve a informação de que "não havia nenhum pedido de aposentadoria encaminhado em seu nome" e, interpelando o réu Oscar, ele "lhe xingou". Acrescentou, igualmente, que, não procurou Rildo porque "já fazia dois anos que ele não se mostrava pra gente" (fls. 578/579, dos autos n. 036.06.007460-0).

Seu irmão, Lírio Filippi reforçou os dizeres da vítima, revelando que, no ano de 2002, Oscar e Rildo estiveram em sua casa e, "pelos serviços de aposentadoria, cobraram a quantia de R\$ 300,00", recolheram seus documentos e ambos "garantiram que a aposentadoria sairia em até quatro meses". Entretanto, diante do silêncio que se seguiu, procurou pelos réus, que sempre justificavam que "faltavam documentos do INCRA, os quais viriam de Florianópolis". Mesmo assim, passado um ano, nada se resolvia, e passou a pressionar os acusados, após o que, Oscar esteve com ele no posto do INSS, naquela cidade, onde encaminharam o requerimento da aposentadoria, que foi deferida (fls. 199, dos autos n. 036.06.005005-0).

Teresa Keske declarou, na fase policial que, como havia recebido o benefício da aposentadoria durante alguns meses e, depois ele foi suspenso, por indicação de uma vizinha, procurou por Oscar para "recorrer" junto à instituição, pagando-lhe, para tanto, R\$ 500,00, com a garantia de que, em até 30 dias, voltaria a receber o benefício, pagando-lhe, pelos serviços, R\$ 500,00. Cerca de seis meses depois, Oscar lhe disse que precisaria mais

R\$ 1.000,00, "pois tinha uns atrasados para serem pagos". Aduziu que, seu último contato com o acusado havia sido em 2006, quando ele lhe telefonou, pedindo-lhe mais R\$ 3.000,00, pis, com isso, "receberia um benefício mais gordo" (fls. 233, dos autos n. 036.06.005005-0).

Também Irene Sprung Hartmann, que contratou os "serviços" dos réus afirmou ter sido encaminhada por um amigo de seu irmão, que assegurou que "Oscar trabalha para a pessoa de Rildo Dressel, o qual possuía a empresa "Previ Service", onde prestavam serviços relacionados a processos de aposentadoria". Também ela desembolsou R\$ 800,00 para "honorários", R\$ 4.080,00, referentes a "atrasados", e R\$ 1.720,00, para "uns adicionais" (fls. 242, dos autos n. 036.06.005005-0).

Irio Boder disse, tanto na polícia, quanto em juízo, que foi encaminhado ao réu Oscar por um amigo e ele, após examinar sua documentação, "disse que estava tudo certo e que não havia dúvidas quanto ao deferimento da aposentadoria". Segundo a vítima, o acusado acrescentou, ainda, que "trabalhava para um tal de Rildo Dressel, e que possuíam, além de escritório naquela cidade, também nos municípios de Joinville e Blumenau e, caso o processo não fosse aceito no INSS daquela cidade, tentariam nesses outros municípios, mas que poderia ficar tranquilo, que, de um jeito ou de outro, seria aposentado". Assim, além do valor de R\$ 800,00, entregou a ele vários documentos e, no início de 2005, Oscar procurou-o, novamente, sob a justificativa de que a aposentadoria havia sido aprovada, porém, com um valor muito baixo, mas, "se ele desembolsasse a quantia de R\$ 5.240,00, o valor seria aumentado para R\$ 1.300,00", valor que, ainda segundo o réu, "seria para molhar a mão de um colega que trabalhava no INSS, em Florianópolis". Entretanto, algum tempo depois, Oscar procurou-o, dizendo que o pedido havia sido indeferido, "porque havia um atraso de 20 meses, que deveriam ser pagos juntos", resultando em R\$ 1.400,00, que a vítima obteve emprestado de sua mãe. Tempos depois, sem que nada fosse deferido, o acusado Oscar fez contato, dessa feita, para pedir R\$ 3.000,00

emprestados à vítima, ao escopo de que "era para pagar o funeral de seu pai" e, compadecida com a situação, repassou-lhe R\$ 1.000,00. Por fim, relatou que, após saber junto ao INSS que seu pedido tinha sido indeferido, procurou pelo réu, que justificou dizendo ter ocorrido algum erro por parte da instituição e que seria resolvido, e que estaria transferindo o processo para outro escritório e que, posteriormente, informar-lhe-ia, entretanto, nunca mais fez qualquer contato (fls. 8/9 e 199/200, dos autos n. 036.07.008165-0).

Sobre os fatos, a vítima Jaime Beraldo contou, em ambas as fases processuais, que encontrou o réu Oscar, "na fila do correio", e que ele falava com outra pessoa sobre processo de aposentadoria. Assim, tendo se interessado, marcou com o réu um encontro em sua casa, oportunidade em que entregou sua Carteira de Trabalho e comprovante de pagamentos ao INSS, após analisá-los, o acusado "garantiu que, em três meses, sairia sua aposentadoria" e que necessitaria de R\$ 700,00 (setecentos reais) para dar ingresso no pedido, junto ao Instituto. Entretanto, depois que se passaram mais de dois anos, sem que a aposentadoria fosse obtida, Oscar fez novo contato, agora, alegando que, se ele desejasse receber um valor maior, deveria recolher R\$ 2.520,00 (dois mil quinhentos e vinte reais) a título de "diferença de contribuição", após o que, ele "poderia ficar tranquilo, que estava tudo certinho", porém, não obteve mais qualquer notícia depois disso (fls. 38/39 e 201, dos autos n. 036.07.008165-0).

Também, João Schwiskowski, na etapa policial e perante a juíza, afirmou que o acusado Oscar esteve em sua casa, buscando sua Carteira de Trabalho e carnês, para levantar, junto ao INSS, "as despesas para ele se aposentar", voltando, no dia seguinte, quando informou que seriam necessários R\$ 10.000,00 para o INSS e R\$ 1.200,00 "pelo serviço dele", dizendo que "não fazia nada sozinho, e que tinha um chefe chamado Rildo Dressel". Em função disso, "refinanciou seu carro, em R\$ 8.000,00 (oito mil reais), para juntar com o dinheiro que tinha em casa, e pagar os R\$

11.200,00 (onze mil e duzentos reais) que Oscar e Rildo exigiam", porém, passado um ano, como não obtinha notícias sobre o processo, procurou os réus, em seu escritório, sendo informado por Oscar que "os papéis de Florianópolis ainda não tinham voltado". Então, "depois de um ano e meio, o réu Oscar encaminhou sua aposentadoria" e disse que ele não necessitaria mais contribuir para o INSS, mas, "como estava meio desconfiado", continuou a pagar e, cerca de quatro meses depois, obteve resposta negativa da Instituição Federal, sendo orientado pelo acusado Oscar a ir até o Sindicato Rural, obter novos documentos. De posse desses dados, novamente, deram entrada na aposentadoria e, mais uma vez, ela foi indeferida "por falta de anos de contribuição", e, que, os "anos de contribuição os quais tinham ficado na incumbência de Oscar pagar para aposentar o declarante não foram pagos" (fls. 55/56, dos autos n. 036.07.008165-0). Por derradeiro, informou que, até aquela data, mantinha contribuição à Previdência, "pois ainda falta um ano para que possa encaminhar sua aposentadoria" (fls. 55/56 e 195/196, dos autos n. 036.07.008165-0).

Nos autos da ação criminal n. 036.06.007460-0, a vítima reconheceu a acusado Rildo Dressel, explicando que ele e Oscar se apresentaram como advogados, e ajustaram fazer sua aposentadoria junto ao INSS, argumentando que, eles, "como advogados jamais iriam fazer alguma coisa incorreta". As demais informações referendam o relato pretérito (fls. 529).

Dornaldo Kopp relatou, tanto na etapa investigativa, quando perante a juíza, que Oscar foi até sua casa, oferecer seus serviços, prometendo-lhe obter sua aposentadoria por invalidez, pois a vítima sofre de epilepsia, cobrando-lhe R\$ 1.000,00 "pelo serviço" e R\$ 4.300,00 (quatro mil e trezentos reais), "para aumentar o valor do salário de sua aposentadoria". Depois disso, passou a ligar para Oscar, "mas ele não atendia o telefone celular, nem o do escritório" e, nas vezes em que obtinha contato, ele sempre alegava estar em Florianópolis e, quando se dirigiu ao INSS, foi alertado

de que "não havia sido dada entrada em nenhum processo em seu nome" (fls. 99 e 248/249, dos autos n. 036.07.008165-0)

Evanir Hoffmann Heinert, perante o delegado, contou que foi procurada por Oscar, oferecendo-se para encaminhar seu pedido de aposentadoria, cobrando, para tanto, R\$ 700,00. Após o transcurso de um ano, ele ligou, novamente, pedindo mais "R\$ 3.500,00 para que ela se aposentasse com um salário mais alto", entretanto, ela negou-se, por entender que a diferença era muito alta. Então, no dia seguinte, ele lhe telefonou, mais uma vez, alegando que "havia refeito os cálculos e, que, então, o valor ficaria em R\$ 1.750,00". Depois disso, tentou, em várias oportunidades, entrar em contato com o acusado Oscar, mas "ele nunca podia atender", e, ao falar com a secretaria dele, que queria reaver seus documentos, ela condicionou à assinatura de "uns papéis", mas, ao lê-los, constatou que "lá estava escrito que ela havia sido ressarcida de todos os valores pagos a ele", então recusou-se a assinar. Posteriormente, dirigiu-se ao INSS, onde resgatou seus comprovantes e, ao procurar por Oscar, pedindo a restituição de seu dinheiro, ele "pediu uns dias para pagar, pois tinha que falar com o chefe dele, Rildo Dressel, que era advogado e tinha que, primeiro, encaminhar a aposentadoria de outra pessoa, 'para fazer uma jogada'", entretanto, nunca foi ressarcida (fls. 82/83, dos autos n. 036.07.008165-0).

O relato de Valdir Kopp, em ambas as fases do processo, segue a tônica dos demais vítimas, dando conta de que entregou R\$ 800,00 a Oscar, para remunerar seus serviços e, mais tarde, um reforço de R\$ 3.160,00, "para que pudesse se aposentar com um salário mais alto". Falou, também, que, em 26.9.2004, foi, a pedido do acusado Oscar, até a agência do INSS "assinar uns documentos", porém, até o ano de 2006, não obteve deferimento de seu pedido. Mais tarde, sempre que procurado, Oscar se esquivava de atendê-lo, então, sua esposa resolveu ir até o posto da Previdência, sendo informada que, já no dia 24.9.2004 o processo havia

sido cancelado e, após, não conseguiu mais falar com ele e nem reaver seu dinheiro (fls. 95/96 e 246/247, dos autos n. 036.07.008165-0).

Lauro Keller, perante o delegado, revelou que sua esposa trabalhava como empregada doméstica para Rildo Dressel e, como ele possuía "uma empresa prestadora de serviços – Previ Service – disse que poderia requerer a aposentadoria dele e dela", motivo pelo qual, em agosto de 2005, a seu pedido, entregou-lhe R\$ 8.600,00. Posteriormente a isso, conversou com o acusado Rildo várias vezes, e ele sempre informava que "demorava a aposentadoria" (fls. 254, dos autos n. 036.06.007460-0).

Na fase instrutória, complementou, revelando que "Rildo disse que se ele quisesse se aposentar ganhando dois salários, teria que pagar mais R\$ 4.600,00, sendo destes, R\$800,00 de mão de obra dele", esclarecendo que "iria efetuar o pagamento dos atrasados direto na agência do INSS, em Florianópolis, onde trabalhava um amigo seu". Além disso, o acusado Rildo falou que "ele também devia recolher o INSS no carnê sobre dois salários mínimos por mais quatro ou cinco meses" e, que, como o carnê estava com ele, "combinaram que o Rildo recolheria o dinheiro para o INSS e descontaria do salário de sua esposa, que era sua empregada". Entretanto, veio a saber que, "apesar do desconto feito no pagamento de sua esposa, não havia nada recolhido junto ao INSS" e, que, "de início, todos os contatos eram feitos com o Rildo e, depois, passaram a ser feitos também com o Oscar", sendo que, "uma parte do pagamento, foi entregue para o Rildo e, outra, para o Oscar" (fls. 580/582, dos autos n. 036.06.007460-0).

Nos autos n. 036.07.008165-0, sob o crivo do contraditório, a vítima forneceu detalhes sobre a cumplicidade dos réus, assegurando que foi o acusado Rildo quem propôs a sua esposa, que era empregada em sua residência, que promovessem sua aposentadoria, dizendo que iria efetuar o pagamento dos "atrasados" em Florianópolis, pois, segundo ele, "tinha um amigo que trabalhava na agência lá". Contou ainda que Rildo

orientou sua esposa para recolher o imposto previdenciário sobre dois salários mínimos, encarregando-se disso, mas, em que pese ter efetuado os descontos do salário dela, os valores não foram recolhidos à Previdência Social. Falou, igualmente, que os réus estiveram "umas três ou quatro vezes em sua casa, sempre para tratar questões de aposentadoria" e, que, inclusive, "fez gravações desses encontros, porque queria se garantir, já que não havia recebido recibo do dinheiro pago para a aposentadoria de sua mulher". Acrescentou que conheceu o réu Oscar através de Rildo, e que eles, inclusive, moraram juntos por um período e, ainda, que, certa vez, havia emprestado R\$ 3.000,00 a Oscar e, ao devolvê-lo, ele pediu se poderia emprestar R\$ 6.000,00 para Rildo, mediante assinatura de promissória (fls. 197/198).

O apelante Oscar Souza da Silva, na fase de inquérito, manteve-se silente (fls. 107/108), porém, na presença da togada, admitiu que realizasse serviços de "despachante previdenciário" e, que, para tanto, cobrava, inicialmente, R\$ 800,00, "para levantar dados acerca da possibilidade de aposentadoria da pessoa" e, ao depois, solicitava "o pagamento de determinada quantia para fazer deslocamentos até outras regiões, assim como, para pagamento de taxas". Afirmou, ademais, que "nenhum dos valores eram destinados ao pagamento de contribuições de INSS em atraso" e que o réu Rildo Dressel era seu patrão, em uma empresa distribuidora de alimentos, mas "não mexia com os pedidos de aposentadoria" (fls. 133/134, dos autos n. 036.07.008165-0).

Nos autos n. 036.06.005005-0, Oscar ofereceu versão diversa, reconhecendo que "valores a título de atrasados também foram todos cobrados das vítimas", admitindo que, nem todos os processos foram, efetivamente, protocolados junto à Instituição Federal. Disse, igualmente, que "a empresa Previ Service Ltda., cujo cartão se encontra à fl. 43 dos autos, não estava regularmente constituída" e que "os valores cobrados eram altos porque a clientela começou a se avolumar e ele tinha que deixar o seu trabalho,

com carteira assinada, para atender aos pedidos de aposentadoria". Sobre a participação do recorrente Rildo, assegurou não ter conhecimento se ele atuou como advogado e, que ele "não teve nenhum contato com a atividade de intermediar os pedidos de aposentadoria" e, também, que, somente três das pessoas atendidas eram conhecidas comuns dos réus: Iracema Dressel (tia de Rildo), Moisés Capellari e Lauro Keller (fls. 307)

Já o acusado Rildo Dressel, no autos n. 036.06.007460-0, contou à magistrada que o recorrente Oscar era funcionário de sua empresa – "Rildo Dressel ME – e que trabalhava como vendedor no ramo alimentício, negando qualquer atuação conjunta na promoção de assuntos junto ao INSS. No mais, atribuiu as denúncias à suposta retaliação de um policial de nome Zocatelli, com quem teria contraído um empréstimo e que estaria exigindo a restituição do numerário antes da data aprazada (fls. 455/457).

Entretanto, a justificativa do co-autor Rildo é completamente frágil e não encontra sustentação.

Colhe-se das palavras das testemunhas que, pelo menos, dezesseis delas, apontaram, nominalmente, a participação conjunta dos réus na empreitada criminosa.

Não fosse isso, Iracema Filippi Dressel, tia do apelante, afirmou ter sido apresentada ao comparsa Oscar Souza da Silva por ele, asseverando que ambos mantinham "uma empresa que prestava serviços para auxiliar no encaminhamento de pedidos de aposentadoria".

Além dela, a vítima Moisés Capellari garantiu que negociou o encaminhamento de seu processo, tanto com Rildo, quanto com Oscar, e que eles foram juntos à sua casa, enquanto Lauro Keller narrou que Rildo Dressel era empregador de sua esposa e que, além de amigos, os dois eram comparsas no fictício encaminhamento de processos de aposentadoria junto ao INSS, mantendo uma empresa pra tal desiderato, destacando, inclusive,

que, até os valores retidos da parcela de contribuição de sua esposa junto ao órgão previdenciário, ele deixou de recolher.

Prudente sublinhar que os réus, em que pesem terem arrolado testemunhas, por ocasião da defesa prévia, culminaram por desistir de suas oitivas (fls. 417, dos autos n. 036.06.005005-0 e fls. 576, dos autos n. 036.06.007460-0).

Não bastasse essa profusão de provas e evidências, tomem-se, igualmente, as palavras de outros testigos, ouvidos na qualidade de vítimas. Embora a togada não se tenha convencido da prática ilícita, em relação a eles, não se pode desprezar seus relatos, mormente, quando são uníssonos e reproduzem os fatos com identidade de pormenores.

Irineu Budendorf, na delegacia, contou que, também, desembolsou R\$ 800,00 para o acusado Oscar, "para que cuidasse de seu processo de aposentadoria", e que ele disse trabalhar para a empresa "Previ Service Ltda. e, que, através dela, prestava serviços a dois advogados, sendo um deles chamado de Dr. Dressel e, o outro, era uma mulher, de cujo o nome não lembrava" (fls. 124/125, dos autos n. 036.07.008165-0).

No mesmo rumo são as palavras de Darci Heinert Hornburg, que contou ao delegado ter entregue R\$ 700,00 a Oscar, para que promovesse sua aposentadoria, entretanto, após consultar o "site" do INSS, verificou que o requerimento havia sido indeferido e, ao interpelar o réu, ele disse que "naquele ano, o INSS não havia deferido para ninguém, em virtude da mudança da lei" (fls. 128, dos autos n. 036.06.005005-0).

Altair Luiz Tissi relata o mesmo *modus operandi*, dando conta de que pagou a Oscar R\$ 700,00, para que providenciasse sua aposentadoria, e forneceu-lhe documentos, oportunidade em que foi informado por ele que "trabalhava para o advogado Rildo Dressel". No mais, a exemplo do que narraram várias vítimas, contou que, junto ao posto da Previdência

Social soube que não havia qualquer pedido em seu nome (fls. 135/136, dos autos n. 036.06.005005-0).

Ovidio Zumach contou à autoridade policial que, quando foi ao escritório do acusado Oscar, ele disse que "trabalhava para um tal de Rildo Dressel, que estava para se formar em advocacia e que ainda estavam trabalhando como 'um escritório ambulante', mas em breve alugariam uma casa e montariam um escritório". De resto, relatou os desembolsos, evasivas e insucessos, nos moldes das demais transcrições (fls. 161/162, dos autos n. 036.06.005005-0).

Pedro Bortolomiotti, ainda na fase policial, relatou que, quando o réu Oscar esteve em sua casa, "comentou que era funcionário de Rildo Dressel, o qual possuía a empresa que encaminhava os requerimentos" e, pelos serviços, cobravam a quantia de R\$ 500,00, tendo lhe assegurado, após analisar seus documentos, "que praticamente já estava aposentado". Assim, após entregar-lhe o valor e assinar uma procuração, o réu disse que estaria aposentado "dentro do prazo de seis meses", mas assim não ocorreu, "e Oscar sempre lhe enrolava", razão pela qual pediu a um amigo que consultasse via *internet*, constando que nada constava em seu nome, na agência federal (fls. 207, dos autos n. 036.06.005005-0).

Rosania Maria de Araújo confirmou ao delegado ter sido procurada por Oscar, "que disse que trabalhava em conjunto como senhor Rildo Dressel" e faziam serviços de aposentadoria, cobrando, para tanto, R\$ 400,00, que lhes foram pagos, mediante a assertiva de que se aposentaria "em até três meses". Porém, passado um longo período, por conta de um problema de saúde, recorreu ao INSS, onde foi inteirada de que "faltava ainda cerca de dois anos para sua aposentadoria" (fls. 229, dos autos n. 036.06.005005-0).

Também Vilson Valério Araújo afirmou que Oscar, quando lhe procurou, disse promover aposentadorias junto ao INSS e, para tanto, "traba-

lhava em conjunto com o senhor Rildo Dressel", tendo-lhe pago a quantia de R\$ 400,00 "pelos serviços" (fls. 231, dos autos n. 036.06.005005-0).

Atente-se ao relato de Maria Rosa de Aquino, que dá conta de que, por intermédio de sua vizinha, soube que "Oscar de Souza e Rildo Dressel possuíam uma empresa, onde encaminhavam requerimentos de aposentadoria". Seguindo o mesmo esquema relatado pelos demais, desembolsou R\$ 800,00 pelos "serviços" que, segundo ela, foram pagos da seguinte forma: R\$ 300,00 em espécie, e, "o restante, em materiais de construção, os quais comprou junto à loja de seu cunhado e mandou entregar em uma obra, na casa de Rildo Dressel" (fls. 237, dos autos n. 036.06.005005-0).

Igualmente, Eulália Henklein Ulmann informou ter conhecido o réu Oscar por intermédio de seu filho, "visto que ele era cunhado do sócio dele, Rildo Dressel", razão pela qual pagou R\$ 300,00 para que processasse sua aposentadoria, não obtendo qualquer retorno, posteriormente (fls. 249, dos autos n. 036.06.005005-0).

Rolf Borchardt, ouvido na Promotoria de Justiça, assegurou que, quando foi procurado pelo réu Oscar, oferecendo-se para "promover revisão de seu benefício", falou que "seu patrão era advogado, e trabalhava com previdência social, e apenas falou que se tratava de Rildo Dressel" (fls. 23, dos autos n. 036.06.005005-0).

Em juízo, acrescentou que, embora nunca tenha se avistado com o acusado Rildo, "Oscar lhe afirmou que seu chefe, Rildo Dressel, havia analisado os documentos dele, e que ele tinha R\$ 30.000,00 para receber, em atrasados, de sua aposentadoria" (fls. 206, dos autos n. 036.07.008165-0).

Destacam-se, também, as palavras de Laurita Heinert Wackerhage, que assegurou ter sido atendida por ambos os réus, em seu escritório localizado no bairro Vila Nova, oportunidade em que "Rildo disse que trabalhava com revisões de aposentadoria" e que "as cobranças quem fazia

era Oscar", desconhecendo se havia relação de subordinação entre eles (fls. 252, dos autos n. 036.07.008165-0).

Também Raulina Toewe Heinert garantiu ter visto ambos os réus em seu escritório, no bairro Vila Nova, assim como Ivo Heinert (fls. 254/257, dos autos n. 036.07.008165-0).

Igualmente, Lírio Filipe asseverou ter sido procurado por ambos os acusados, quando foram à sua casa, oferecer "serviços de aposentadoria", não sabendo "se eram sócios, ou se um era empregado do outro" (fls. 259, dos autos n. 036.07.008165-0).

Por isso, bem ao contrário do que pretende o apelante Oscar Souza da Silva, é farto o acervo probatório que milita contra ele, sendo desarrazoado supor que dezenas de pessoas, inseridas em diferentes contextos da comunidade, fossem se referir, gratuita e infundadamente, à sua participação na trama que objetivava ludibriar pessoas simples e de boa-fé, fazendo-as crer que conheciam os meandros e a sistemática previdenciária e seriam capazes de postular benefícios em seus nomes.

Como se viu, todas as vítimas, sem exceção, tiveram relevante prejuízo, tanto mais, a se considerar serem elas trabalhadoras humildes, muitas das quais, egressas da atividade rural e, que, por isso, facilmente iludíveis com promessas oriundas de quem se fazia passar por "experts" no trato de questões previdenciárias.

Nesse ponto, vale rememorar que os réus, para conferir ares de legalidade às suas atividades, não apenas criaram uma "empresa" – Previ Service Ltda. – imprimindo cartões de visitas (fls. 43, dos autos n. 036.06.005005-0, como, muitas das vezes, faziam-se passar por advogados, criando situações e dificuldade fictícias, para levar a crer que eram, efetivamente, "profissionais" do ramo.

Aliás, o requinte de simulação alcançou tal ponto, que o acusado Oscar chegava a levar algumas das vítimas ao posto da Previdência Social, algumas vezes, realmente dando entrada na documentação necessária à postulação da aposentadoria, sabedor que era, de antemão, que o contribuinte não teria direito ao benefício, por inadimplemento de condições objetivas, tais como, idade ou prazo de contribuição.

Além disso, acenando com problemas no processo aposentatório, em razão de "contribuições atrasadas" ou, ainda, de incrementar o valor do benefício mensal, solicitavam desembolso de valores consideráveis, escudados na credulidade dos ofendidos e a custa de seu sacrifício material.

Saliente-se que, em razão das situações fictícias criadas pelo recorrente e seu comparsa, a credibilidade dele, junto às vítimas, era de tal ordem, que, aproveitando-se da ingenuidade delas e, não bastando despojá-las de significativa quantia em dinheiro, tomou, por diversas vezes, empréstimos, à guisa de tratar da saúde do pai "moribundo", ou fazer-lhe o funeral.

Dessarte, a condenação de ambos os réus era, mesmo, medida de rigor, como forma de punição e desestímulo à pérfida artimanha que logrou prejudicar, provavelmente, mais dos que as trinta e cinco vítimas que integraram o juízo condenatório da magistrada.

Por outro lado, tem-se que a quantificação da reprimenda, na fixação da pena basilar, extrapolou os parâmetros, usualmente, empregados nesse Tribunal.

Colhe-se a análise da magistrada, na primeira fase dosimétrica (fls. 558, dos autos n. 036.06.005005-0):

Primeiramente, quanto à culpabilidade, há de se registrar o intenso dolo do réu, demonstrado por meio dos requintes utilizados no cometimento do golpe, tendo o acusado inclusive aberto um escritório e confeccionado cartões de visita (Previ Service), para dar ares de licitude ao seu negócio escuso. O réu não registra antecedentes criminais. A sua conduta social deve ser considerada desfavoravelmente,

eis que, no afã de obter mais lucros, consoante se infere dos autos, aproveitou-se das ignorância de algumas das vítimas, para lesá-las, inclusive, mais de uma vez. Muito embora o relato de algumas vítimas não tenha demonstrado a prática do estelionato, é certo que o réu, em inúmeros casos cobrou honorários para um serviço que sequer prestou, denotando conduta social extremamente negativa. Tocante à sua personalidade, esta se mostra desvirtuada uma vez que, para obter dinheiro de algumas vítimas, chegou a utilizar como pretexto a doença e/ou falecimento de seu pai, motivo que, aliás, foi alegado pelo acusado por mais de uma vez. Os motivos do crime (obtenção de lucro) são inerentes à infração penal. As circunstâncias do crime, devem ser consideradas eis que, "*com toda a empreitada criminal, qual seja, a representação feita pelos réus, a qual sem dúvida alguma evidenciam um plus no cometimento do crime, merecendo legítimo destaque a duração do golpe (tempo), o lugar público onde foi praticado (local), assim como a escolha minuciosa das vítimas (atitude)*". Somente para frisar, *consigna-se que os requintes cênicos dramáticos utilizados, e a sofisticação que foi empregada na prática dos golpes, extrapolam o tipo legal (ardil ou fraude), e servem tanto para demonstrar a determinação, entenda-se por dolo (culpabilidade), quanto para caracterizar um plus no cometimento das condutas (circunstâncias diretas do crime), sem que com isso, constituam-se em bis in idem. (TJSC, Apelação Criminal n. 2003.000976-0, de Jaraguá do Sul. Relator: Des. Solon d'Êça Neves). As conseqüências do crime foram nefastas, porquanto nenhuma das vítimas até o momento obteve a restituição dos valores pagos ao denunciado. Por fim, a alegação da defesa, de que o comportamento das vítimas teria exercido influência sobre os acusados, instigando-os ao cometimento do delito, eis que movidas pela ganância, não merece prosperar. Isso porque "*em Direito Penal, não se admite compensação de culpas*". (TJSC, Apelação Criminal n. 2007.018318-5, de Brusque, rel. Des. Amaral e Silva). Tem-se, portanto, que as vítimas, em nada contribuíram para a realização do fato típico.*

Não restam dúvidas de que a culpabilidade foi intensa, demonstrada pelo primor do ardil utilizado no engodo das vítimas, bem como, de que as circunstâncias extrapolaram a previsão inerente ao tipo legal, e as conseqüências dos delitos foram devastadoras, a se considerar que as pessoas lesadas não recuperaram os valores entregues, bem como, algumas delas,

suspenderam a contribuição à Previdência Social, comprometendo seus benefícios futuros.

Entretanto, as ponderações acerca da conduta social e da personalidade não se afastam daquelas ínsitas no tipo penal violado, razão pela qual mister que se recue no *quantum* estipulado.

Assim, tendo em conta que os elementos judiciais que militam contra o réu possuem, efetivamente, elevado componente negativo, imperioso que a reprimenda avance no intervalo previsto de 4 anos, entre os limites mínimo e máximo, assomando-se justo o estabelecimento em 3 (três) anos de reclusão, na primeira etapa.

A quantidade de dias-multa deve guardar correspondência com a pena privativa de liberdade, razão pela qual resta fixada em 30 (trinta) dias-multa, no valor unitário de meio salário mínimo vigente à época dos fatos, consoante arbitrado na sentença de primeiro grau, havendo provas nos autos de que o réu possui patrimônio compatível com a sanção.

Na segunda fase, ausentes agravantes, a togada considerou a confissão espontânea para minorar a sanção em 1/6 (um sexto), o que atinge 2 (dois anos) e 6 (seis) meses de reclusão.

Verificando a existência da causa de aumento da reprimenda em razão da continuidade delitiva (art. 71 do Código Penal), "pois foram 35 (trinta e cinco) as vítimas dos delitos consumados praticados pelos réus", a togada fez incidir a fração de 2/3 (dois terços), segundo predomina na jurisprudência estadual. Desse modo, obtém-se, em definitivo, 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão, e pagamento de 50 (cinquenta) dias-multa, no valor unitário de meio salário mínimo vigente à época dos fatos, a ser cumprida em regime semi-aberto, segundo assinala o art. 33, § 2º, "b", do Código Penal.

Mantém-se o *quantum* unitário da pena pecuniária, nos justos termos da sentença, "em face do imenso valor aferido pelo acusado, decorrente do golpe e que ainda não foi restituído às vítimas, presumindo-se, portanto, que possua recursos suficientes para a quitação da aludida multa" (fls. 558), apresentando-se a fixação do valor unitário de 1/2 (um meio) salário mínimo vigente à época dos fatos como suficiente e adequado para desestimular a reiteração da prática nociva combatida.

DECISÃO

Diante do exposto, decidiu a Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe provimento parcial, para adequar a reprimenda, nos termos deste acórdão.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Sérgio Paladino, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Túlio José Moura Pinheiro, lavrando parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Luiz Fernando Sirydakís.

Florianópolis, 10 de março de 2009.

Irineu João da Silva
RELATOR

Apelação Criminal n. 2008.073962-4, de Xanxerê

Relator: Des. Subst. Tulio Pinheiro

APELAÇÃO CRIMINAL. FALSO TESTEMUNHO COMETIDO COM O FIM DE OBTER PROVA DESTINADA A PRODUZIR EFEITO EM PROCESSO PENAL. RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA PRETENDENDO A ABSOLVIÇÃO. MÉRITO RECURSAL PREJUDICADO EM FACE DA INAPTIDÃO DA DENÚNCIA, QUE OLVIDOU-SE EM DESCREVER A SUPOSTA DISTORÇÃO HAVIDA ENTRE A REALIDADE DOS FATOS E A VERSÃO APRESENTADA PELO ACUSADO. OFENSA AO ART. 41 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E AO PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA. PRECEDENTES DOS TRIBUNAIS SUPERIORES E DESTA CORTE. ANULAÇÃO, DE OFÍCIO, DO PROCESSO, A PARTIR DA EXORDIAL ACUSATÓRIA, INCLUSIVE, QUE SE IMPÕE.

DECISÃO TRANSITADA EM JULGADO PARA O *PARQUET*. VEDAÇÃO DA *REFORMATIO IN PEJUS* INDIRETA. EVENTUAL CONDENAÇÃO POSTERIOR QUE NÃO PODERÁ IMPOR AO RÉU SITUAÇÃO MAIS GRAVOSA DO QUE A FIXADA NA DECISÃO ANTERIOR. RECOGNIÇÃO DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA DO ESTADO, NA MODALIDADE RETROATIVA, COM BASE NA REPRIMENDA FIXADA ANTERIORMENTE. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE QUE SE DECLARA *EX OFFICIO*.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2008.073962-4, da comarca de Xanxerê (1ª Vara), em que é apelante Delço Dedonatti e apelada a Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por unanimidade, de ofício, anular o processo a partir da denúncia, inclusive, e, diante da

vedação a *reformatio in pejus* indireta, extinguir a punibilidade de Delço Dedonatti, pelo advento da prescrição de pretensão punitiva do Estado, na modalidade retroativa. Custas legais.

RELATÓRIO

No Juízo da 1ª Vara da Comarca de Xanxerê, Delço Dedonatti foi denunciado como incurso nas sanções do art. 342, § 1º, do Código Penal, porque, consoante se depreende da vestibular acusatória:

[...] No dia 19 de outubro de 2004, na sala de sessões do Tribunal do Júri da Comarca de Xanxerê, o denunciado DELÇO DEDONATTI prestou depoimento como testemunha na Ação Penal movida contra Maria Salete Bacca Brunetto e Itacir Rubas (Autos n. 080.95.000542-8).

Neste íterim, com o objetivo de induzir o Júri em erro em tal processo criminal, o denunciado DELÇO DEDONATTI prestou declaração, sabendo ser o conteúdo não condizente com a realidade, ao afirmar:

- que Miguel Brunetto não tinha envolvimento amoroso com Melânia Kuhn;
- que Miguel Brunetto não tinha envolvimento amoroso com Romilda Mello;
- que desconhecia o fato de Maria Salete Bacca Brunetto desconfiar do relacionamento amoroso entre Miguel Brunetto e Melânia Kuhn;
- que Maria Salete Bacca Brunetto não havia contratado Itacir Rubas para dar uma surra em Romilda Mello mediante o pagamento de R\$ 500,00 (quinhentos reais);
- que desconhecia o fato de Maria Salete Bacca Brunetto e outra pessoa terem contratado novamente Itacir Rubas para dar uma surra, agora em Melânia Kuhn;
- que o seu depoimento prestado no inquérito policial que serviu de base ao processo crime acima citado não condiz com os fatos por si afirmados naquela oportunidade, pois teriam sido distorcidos pelos agentes da polícia judiciária. [...] (fls. 2-4 – sic).

Concluída a instrução criminal, o MM. Juiz André Milani acolheu a denúncia para condenar o acusado à reprimenda de 1 (um) ano, 4 (quatro) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime aberto, e ao pagamento de 12 (doze) dias-multa, cada qual fixado no valor mínimo legal, por infração ao art. 342, § 1º, do Código Penal. Na seqüência, porque satisfeitos os requisitos legais, substituiu-se a sanção corporal por duas restritivas de direitos, consistentes, a primeira, no pagamento de prestação pecuniária ao Conselho da Comunidade da Comarca de Xanxerê, e a segunda, em prestação de serviços à comunidade (fls. 141-151).

Irresignado com a prestação jurisdicional, o sentenciado, por meio de seu defensor, interpôs recurso de apelação, pleiteando, nas razões ofertadas, a absolvição, ao fundamento de que a declaração prestada no caderno indiciário, que investigava o homicídio praticado contra Melânia Kuhn, não se presta para a apuração do delito de falso testemunho. Alterca, para tanto, ter havido infringência às normas processuais penais, pois: a) não prestou compromisso; b) sequer sabia que estava depondo na condição de testemunha e c) o escrivão designado para o ato não assinou o termo de depoimento. Subsidiariamente, requereu a rejeição da denúncia, por entender que o crime descrito no art. 342 do CP somente poderia ser apurado após o trânsito em julgado da sentença relativa ao processo em que o depoimento refutado foi prestado (fls. 162-167).

Contra-arrazoado o recurso (fls. 180-188), ascenderam os autos a esta Corte, oportunidade em que a douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pelo conhecimento e desprovemento do apelo (fls. 198 *usque* 202).

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto por Delço Dedonatti, irresignado com a sentença que o condenou pela prática do delito de falso

testemunho cometido com o fim de obter prova destinada a produzir efeito em processo penal (art. 342, § 1º, do Código Penal).

Busca o apelante, em suma, a absolvição, ao fundamento de que a declaração prestada no caderno indiciário, que investigava o homicídio praticado contra Melânia Kuhn, não se presta para a apuração do delito de falso testemunho. Alterca, para tanto, ter havido infringência às normas processuais penais, pois: a) não prestou compromisso; b) sequer sabia que estava depondo na condição de testemunha e c) o escrivão designado para o ato não assinou o termo de depoimento. Subsidiariamente, requereu a rejeição da denúncia, por entender que o crime descrito no art. 342 do CP somente poderia ser apurado após o trânsito em julgado da sentença relativa ao processo em que o depoimento refutado foi prestado.

Compulsando-se o caderno processual, contudo, tem-se que a análise do apelo manejado pelo recorrente desponta prejudicada.

É que o exame da exordial acusatória revela que a mesma não é apta para a deflagração da ação penal, uma vez que não permite ao réu que se defenda dos fatos que lhe foram imputados.

Com efeito, é sabido que a denúncia deve seguir os requisitos ditados no art. 41 do Código de Processo Penal, assim vazado:

A denúncia ou queixa conterà a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se posse identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol de testemunhas.

A doutrina sobre o assunto é pacífica:

[...] Prevê o art. 41 os requisitos que devem estar presentes na denúncia e na queixa a fim de que possa ser ela recebida, instaurando-se assim a ação penal condenatória. Refere-se, em primeiro lugar à "exposição do fato criminoso com todas as suas circunstâncias". [...] É indispensável que na denúncia se descreva, ainda que sucinatamente, o fato atribuído ao acusado, não podendo ser recebida a

inicial que contenha descrição vaga, imprecisa, de tal forma lacônica que torne impossível ou extremamente difícil ao denunciado entender de qual fato preciso está sendo acusado [...] (Mirabete. Julio Fabbrini. Código de processo penal interpretado. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2007. pág. 184).

A jurisprudência desta Casa não discrepa:

[...] Apta a instaurar a ação penal é a denúncia na qual estão delineadas, ainda que sinteticamente, os fatos que supostamente constituem infração de norma incriminadora e a descrição da conduta dos acusados, além dos elementos de convicção que a respaldam, de modo a satisfazer os requisitos do art. 41 do CPP. [...] (Apelação Criminal n. 2008.043325-8, rela. Desa. Salete Silva Sommariva).

Doutro vértice, o delito imputado ao recorrente está disposto no art. 342, § 1º, do Código Penal, e tem a seguinte redação:

Art. 342. Fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade como testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete em processo judicial, ou administrativo, inquérito policial, ou em juízo arbitral:

Pena – reclusão, de um a três anos, e multa.

§ 1º As penas aumentam-se de um sexto a um terço, se o crime é praticado mediante suborno ou se cometido com o fim de obter prova destinada a produzir efeito em processo penal, ou em processo civil em que for parte entidade da administração pública direta ou indireta.

§ 2º O fato deixa de ser punível se, antes da sentença no processo em que ocorreu o ilícito, o agente se retrata ou declara a verdade (sublinhou-se).

Todavia, ao se proceder a um detido exame da narrativa exposta na proemial acusatória, transcrita no relatório deste acórdão, percebe-se que a mesma, apesar de ter contemplado a qualificação do acusado, a classificação do crime e o rol de testemunhas, deixou de descrever todas as circunstâncias essenciais à compreensão do modo como ocorreu o delito, prejudicando, dessa forma, a defesa do acusado.

Pelo que se infere dos autos, relata a denúncia que o réu, no dia 19-10-2004, na sala de sessões do Tribunal do Júri da Comarca de Xanxerê, ao ser oitivado como testemunha nos autos da Ação Penal autuada sob n. 080.95.000542-8, movida em face de Maria Salete Bacca Brunetto e Itacir Rubas, prestou depoimento com conteúdo não condizente com a realidade, no afã de induzir em erro o Conselho Popular, afirmando:

- que Miguel Brunetto não tinha envolvimento amoroso com Melânia Kuhn;
- que Miguel Brunetto não tinha envolvimento amoroso com Romilda Mello;
- que desconhecia o fato de Maria Salete Bacca Brunetto desconfiar do relacionamento amoroso entre Miguel Brunetto e Melânia Kuhn;
- que Maria Salete Bacca Brunetto não havia contratado Itacir Rubas para dar uma surra em Romilda Mello mediante o pagamento de R\$ 500,00 (quinhentos reais);
- que desconhecia o fato de Maria Salete Bacca Brunetto e outra pessoa terem contratado novamente Itacir Rubas para dar uma surra, agora em Melânia Kuhn;
- que o seu depoimento prestado no inquérito policial que serviu de base ao processo crime acima citado não condiz com os fatos por si afirmados naquela oportunidade, pois teriam sido distorcidos pelos agentes da polícia judiciária. [...] (fls. 3-4 – sic).

Entretanto, apesar de ter havido exposição do dia e local dos fatos, do dolo do agente, bem assim da transcrição do depoimento imputado como falso, encadeador da presente *actio*, incorreu em erro o representante ministerial ao não apontar os motivos pelos quais a declaração exposta pelo acusado estaria em divergência com a realidade, situação que deve ser explicitada com clareza no pórtico inaugural, a fim de permitir ao réu a plenitude do direito de se defender dos fatos contra si veiculados.

Aliás, sobre a temática, especificamente no tocante ao delito de falso testemunho, os tribunais superiores já se posicionaram no sentido de que a demonstração da suposta distorção entre a realidade dos fatos e a versão apresentada pelo acusado constitui-se em condição *sine qua non* da denúncia, sob pena de ofensa ao art. 41 da Lei Adjetiva Penal e ao princípio da ampla defesa.

Do Supremo Tribunal Federal, colige-se:

[...] II. Denúncia inepta: imputação abstrata de falso testemunho. 3. Não pode a denúncia resumir-se a asseverar ter sido o autor sujeito da ação típica, limitada a descrição desta ao seu próprio enunciado legal e abstrato. 4. Em se cuidando de imputação de falso testemunho, a denúncia há de individualizar, pelo menos, a afirmação incriminada e a razão do seu desconcerto com a verdade do fato referido no depoimento do acusado. 5. Não obstante se cuide de um crime formal, a objetividade jurídica do tipo – erigido no interesse da administração da Justiça – como e de regra nos crimes de falso, reclama a potencialidade lesiva da declaração inverídica, isto é, "que possa influir sobre o resultado do julgamento" (Fragoso, "Lições de Dir. Penal, 1965, 4/1221); disso resulta a necessidade de a denúncia não apenas descrever concretamente a falsidade do testemunho, mas explicar em que consistiria o seu relevo em face do objeto do processo em que prestado (HC 69047/RJ, rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCÊ) (frisou-se).

Na mesma alheta, o Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS – CALÚNIA – FALSO TESTEMUNHO – WRIT IMPETRADO CONTRA INDEFERIMENTO DE LIMINAR – FEITO ORIGINÁRIO JULGADO PREJUDICADO – SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA – TRANCAMENTO EX OFFICIO DA AÇÃO PENAL – FLAGRANTE INÉPCIA DA DENÚNCIA – DEPOIMENTO TIDO COMO CALUNIOSO PRESTADO SOB COMPROMISSO EM PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO – ANIMUS CALUNIANDI NÃO DEMONSTRADO NA INICIAL ACUSATÓRIA – INEXISTÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DA FALSIDADE DO TESTEMUNHO – WRIT NÃO-CONHECIDO – ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. I. Julgado prejudicado o writ originário perante o Tri-

bunal a quo, inviável o conhecimento da impetração que buscava combater o indeferimento da liminar lá pleiteada. II. Evidenciado o flagrante constrangimento ilegal suportado pela paciente, decorrente da deflagração de ação penal contra ela originada de denúncia manifestamente inepta, é cabível a concessão de ofício da ordem para sanar a ilegalidade. III. A calúnia pressupõe o animus caluniandi, que não pode ser simplesmente deduzido do depoimento prestado pela acusada sob o compromisso de dizer a verdade, oportunidade em que apenas respondeu as perguntas que lhe foram feitas. IV. O crime de falso testemunho depende da demonstração de que a versão narrada pela acusada esteja em dissonância com a realidade, situação que deve ser exposta com clareza na inicial acusatória. V. Não conheceram do habeas corpus, mas concederam a ordem de ofício para trancar a ação penal ajuizada contra a paciente (HC 70.753/TO, Rel. Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), QUINTA TURMA, j. em 4-10-2007, DJ 22-10-2007 p. 323) (sublinhou-se).

CRIMINAL. HC. FALSO TESTEMUNHO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA. NÃO-OBSERVÂNCIA AO ART. 41 DO CPP. AUSÊNCIA DE EXPOSIÇÃO DO FATO CRIMINOSO E SUAS CIRCUNSTÂNCIAS. OFENSA AO PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA. ORDEM CONCEDIDA. I. Eventual inépcia da denúncia só pode ser acolhida quando demonstrada inequívoca deficiência a impedir a compreensão da acusação, em flagrante prejuízo à defesa do acusado, ou na ocorrência de qualquer das falhas apontadas no art. 43 do CPP – o que se vislumbra in casu. II. Verifica-se que não restou demonstrado em que consistiria a falsidade atribuída ao depoimento do paciente prestado perante o Juízo da 3ª Vara Penal da Comarca de Castanhal/PA, na qual se apura a prática de homicídio contra Oficial de Justiça. III. A denúncia não evidenciou a suposta distorção havida entre os depoimentos prestados na fase policial e judicial, deixando, desta forma, de narrar a exposição do fato criminoso e as circunstâncias em que teria sido praticado, conforme exige o art. 41 do Código de Processo Penal. IV. Precedentes do STF e do STJ. V. Ordem concedida, nos termos do voto do Relator (HC n. 55.476/PA, rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, j. em 15-8-2006, DJ 4-9-2006, p. 308) (destacou-se).

Esta Corte também não destoa:

[...] DENÚNCIA POR FALSO TESTEMUNHO – TRANSCRIÇÃO, PELA EXORDIAL, DE DEPOIMENTOS TESTEMUNHAIS SEM INDICAÇÃO PRECISA DO FALSEAMENTO – VÍNCULO ENTRE O DELITO IMPUTADO E OS FATOS NÃO DEMONSTRADO – INICIAL ACUSATÓRIA INEPTA – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO (Recurso Criminal n. 2004.026889-3, rel. Des. Gaspar Rubik) (ressaltou-se).

AÇÃO PENAL – CRIME DE FALSO TESTEMUNHO – DENÚNCIA QUE NÃO DESCREVE A AFIRMAÇÃO INCRIMINADA DE FALSA – INÉPCIA – ANULAÇÃO DO PROCESSO AB INITIO. A denúncia não pode resumir-se a asseverar ter sido os agentes autores da ação típica, limitada a descrição desta ao seu enunciado legal e abstrato; em se tratando de imputação de crime de falso testemunho, a peça acusatória deve não apenas descrever concretamente a falsidade do testemunho, mas explicar em que consistiria o seu relevo em face do objeto do processo em que prestado. (Apelação Criminal n. 1988.070781-0, rel. Juiz Nilton Macedo Machado) (sem destaques no original).

Em suma, diante deste quadro, verifica-se que não há outra alternativa senão anular o feito desde o início, a partir da denúncia, inclusive, haja vista que a omissão existente na exordial acusatória, consistente na ausência de exposição dos motivos pelos quais o depoimento de Delço Dedonatti supostamente não se amoldaria à realidade, privou o exercício da ampla defesa.

Imperativo frisar, outrossim, apenas para melhor aclarar a situação constante do processado, que a nulidade ora declarada não se trata de matéria atingida pelo instituto da preclusão, uma vez que a defesa de Delço, malgrado nada tenha asseverado a respeito do assunto na peça recursal, postulou a declaração de inépcia da exordial tanto na defesa prévia (fls. 57-59) como em sede de alegações finais (fls. 138-140), tendo o togado, na sentença, entendido equivocadamente pela improcedência da arguição.

Por derradeiro, impende anotar que, ante a anulação do processo ora operada, consonante com o princípio que veda a *reformatio in pejus* indireta, previsto no art. 617 do Código de Processo Penal, eventual novo *decisum* a ser prolatado, caso apresente conteúdo condenatório, não poderá apresentar situação mais gravosa ao réu do que a cominada pela decisão anulada, inclusive no que concerne ao *quantum* da reprimenda imposta.

Diante disso, impõe-se a declaração, de ofício, da extinção da punibilidade de Delço Dedonatti, porque ocorrente a prescrição da pretensão punitiva do Estado, na modalidade retroativa.

Sobre a possibilidade de declaração da prescrição em razão da vedação à *reformatio in pejus* indireta, já decidiu este egrégio Tribunal:

[...] ANULAÇÃO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA TRANSITADA EM JULGADO PARA O MINISTÉRIO PÚBLICO – PROIBIÇÃO DA REFORMATIO IN PEJUS INDIRETA – NOVAS CONDENAÇÕES QUE, ACASO SOBREVINDAS, NÃO PODERÃO EXCEDER O QUANTUM FIXADO NA DECISÃO ANULADA – POSSIBILIDADE DE DECLARAÇÃO DA PRESCRIÇÃO RETROATIVA COM BASE NAS PENAS IRROGADAS – PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. (Apelação Criminal n. 2006.016860-9, rel. Juiz José Carlos Carstens Köhler).

Assim, considerando a sanção afliativa anteriormente aplicada – 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão –, e que eventual prolação de nova sentença condenatória não poderá suplantar a pena anteriormente imposta, porque redundaria em *reformatio in pejus*, tendo decorrido lapso temporal superior a 4 (quatro) anos entre a data do fato (19-10-2004 – fl. 3) e a do julgamento deste recurso, de acordo com o art. 109, inciso V, c/c arts. 110, § 1º e 117, todos do Código Penal, declara-se extinta a punibilidade de Delço Dedonatti, em face da ocorrência da prescrição da pena, na modalidade retroativa.

DECISÃO

Ante o exposto, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, de ofício, anula-se o processo a partir da denúncia, inclusive, e, diante da vedação a *reformatio in pejus* indireta, extingue-se a punibilidade de Delço Dedonatti, pelo advento da prescrição de pretensão punitiva do Estado, na modalidade retroativa.

O julgamento, realizado no dia 3 de março de 2009, foi presidido pelo Exmo. Des. Sérgio Paladino, com voto, e dele participou o Exmo. Des. Irineu João da Silva. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Dr. Robison Westphal.

Florianópolis, 3 de março de 2009.

Tulio Pinheiro
RELATOR

HABEAS CORPUS

***Habeas Corpus* n. 2009.010141-9, de Palhoça**

Relator: Des. Irineu João da Silva

PRISÃO EM FLAGRANTE. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTE, EM ASSOCIAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE LIBERDADE PROVISÓRIA, EM FACE DO ART. 5º, XLIII, DA CF, GUARDANDO RELAÇÃO COM O ART. 44, *CAPUT*, DA LEI N. 11.343/2006. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. DELITO DE NATUREZA PERMANENTE. SITUAÇÃO DE FLAGRÂNCIA CONFIGURADA. EXCESSO DE PRAZO. RITO ESPECIAL E MULTIPLICIDADE DE RÉUS. INOCORRÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE CONTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM DENEGADA.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* n. 2009.010141-9, da comarca de Palhoça, em que é impetrante o advogado Cléoberson Cachambú Pain e paciente C. M. de O.:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, denegar a ordem.

RELATÓRIO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado pelo advogado Cléoberson Cachambú Pain em favor de C. M. de O., preso em flagrante e denunciado, na comarca de Palhoça, pela prática, em tese, dos crimes previstos nos arts. 33 e 35, ambos da Lei n. 11.343/2006.

Sustenta o impetrante que o paciente está sofrendo constrangimento ilegal, porque ausentes o estado de flagrância e os requisitos que autorizam

a custódia, além do excesso de prazo para o término da instrução (fls. 2-17).

O pedido de liminar foi indeferido (fl. 52) e, após as informações, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Humberto Francisco Scharf Vieira, manifestou-se pela denegação da ordem (fls. 56-59).

VOTO

Não obstante posicionamento já externado anteriormente sobre a possibilidade de liberdade provisória em nosso ordenamento, para qualquer delito, até mesmo para os previstos nos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34 a 37, da Lei n. 11.343/2006 (HC n. 2007.009877-6, de São José, j. 17-4-2007), a solução é a denegação da ordem, "porquanto a Justiça é um serviço público, em favor de cuja eficiência – sobretudo em tempos de congestionamento, como o que vivemos –, a convicção vencida tem muitas vezes de ceder a vez ao imperativo de poupar o pouco tempo disponível para as questões ainda à espera de solução" (STF, HC n. 82.490-1, DJ 29-11-2002, p. 263).

Dito isso, tem-se que, no caso, consoante o entendimento de uma parcela considerável da comunidade jurídica e, também, do Supremo Tribunal Federal, impossível a concessão de liberdade provisória aos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, valendo a transcrição:

O caso impõe algumas considerações preambulares, especialmente em razão da Lei n. 11.464/2007, que entrou em vigor em 29 de março de 2007 e alterou o texto do art. 2º, inc. II, da Lei n. 8.072/90, excluindo desse dispositivo a expressão "[...] e liberdade provisória". À primeira vista, contudo, há de se ter que a superveniência da Lei n. 11.464/2007 não passou a admitir a concessão de liberdade provisória, que este Supremo Tribunal sempre reputou vedada nos processos por crimes hediondos. Afirma-se a jurisprudência deste Supremo Tribunal no sentido de que a proibição de liberdade provisória nos processos por crimes hediondos decorre da própria "inafiançabilidade imposta pela Constituição", que, em seu

art. 5º, inc. XLIII, assim dispõe: "XLIII – a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;" Nesse sentido, entre outros, os *Habeas Corpus* n. 83.468, rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, DJ 27-2-2004; 82.695, rel. Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, DJ. 6-6-2003; 79.386, rel. Min. Marco Aurélio, Segunda Turma, DJ 4-8-2000; e 78.086, rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, DJ 9-4-1999. Poder-se-ia, em tese, discutir se aquela norma constitucional mencionada seria de eficácia limitada, a exigir, para a plena produção de seus efeitos, lei que arrolasse os crimes tidos por inafiançáveis. A questão perde relevo, entretanto, por existirem leis estabelecendo a inafiançabilidade daqueles delitos (Lei n. 8.072/90, art. 2º, inc. II; e 11.343/06, art. 44, *caput*), o que não foi afastado pela Lei n. 11.464/2007. Aliás, diante da expressão havida no inc. XLIII do art. 5º da Constituição da República, segundo o qual "a lei considerará crimes inafiançáveis [...] a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos", seria, no mínimo, questionável a constitucionalidade de lei que pretendesse dispor de modo diverso, revogando as disposições legais que, em cumprimento àquela norma constitucional, objetivam dotar esta de plena eficácia. 12. Ressalte-se, de outro lado, que, no caso presente, é absolutamente irrelevante a existência, ou não, de fundamentação cautelar para a prisão da Paciente. Não se trata, aqui, de prisão preventiva, esta, sim, a exigir a presença de fundamentação cautelar idônea, mesmo quando se refere à suposta prática de crime hediondo ou equiparado. Cuida-se, diversamente, de prisão em flagrante por tráfico de drogas, caso em que, da proibição de liberdade provisória – decorrente, repita-se, da inafiançabilidade imposta pela Constituição (art. 5º, inc. XLIII) e disciplinada pela legislação ordinária -, "(...) não se subtrai a hipótese de não ocorrência no caso dos motivos autorizadores da prisão preventiva" (Nesse sentido, entre outros, os *Habeas Corpus* n. 89.068, rel. Min. Carlos Britto, DJ 23-2-2007; 78.820, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 16-4-1999; 89.183, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 25-8-2006; 85.711 – AgR, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 3-6-2005). Neste pas-

so, de se recordar o voto do eminente Ministro Sepúlveda Perence no *Habeas Corpus* n. 83.468, de que S. Exa. foi relator, DJ 27-2-2004, no qual se afastou, inclusive, a possibilidade de se opor à norma constitucional que impede a liberdade provisória o disposto no art. 310, parágrafo único, do Código de Processo Penal, *verbis*: "[...] A proibição legal de concessão da liberdade provisória seria inócua, se a afastasse o juízo da não ocorrência, no caso concreto, dos motivos autorizadores da prisão preventiva: precisamente porque a inocorrência deles é uma das hipóteses de liberdade provisória do preso em flagrante (CPrPen, art. 310, parág. único cf. L. n. 6.416/77), o que a L. n. 8.072 vedou, se cuida de prisão em flagrante de crime hediondo. De outro lado, a proibição da liberdade provisória, nessa hipótese, deriva logicamente do preceito constitucional que impõe a inafiançabilidade das referidas infrações penais: como acentuou, com respaldo na doutrina, o voto vencido, no Tribunal do Espírito Santo, do il. Desemb. Sérgio Teixeira Gama, seria ilógico que, vedada pelo art. 5º, XLIII, da Constituição, a liberdade provisória mediante fiança nos crimes hediondos, fosse ela admissível nos casos legais de liberdade provisória sem fiança" (grifos no original). Nesse julgamento, acentuou com precisão o eminente Ministro Carlos Britto, que, "Sendo o crime inafiançável, ele não comportaria mesmo a liberdade provisória. E a Lei n. 8.072, art. 2º, inciso II, ao falar que não cabem a 'fiança e liberdade provisória', de certa forma foi até um pouco redundante, não haveria nem necessidade da ressalva". A dizer, na linha da jurisprudência deste Supremo Tribunal, a inafiançabilidade imposta ao delito imputado à Paciente basta para impedir a concessão de liberdade provisória, sendo absolutamente irrelevante o fato de ter a Lei n. 11.464/2007 alterado o texto do art. 2º, inc. II, da Lei n. 8.072/90, para suprimir a expressão "[...] e liberdade provisória". 13. Mesmo que aquela modificação não significasse, na prática, apenas uma alteração textual, sem qualquer mudança da norma proibitiva da concessão de liberdade provisória, parece que ela não alcança os dispositivos legais que cuidam do delito de tráfico de drogas, que, na data de início de vigência da Lei n. 11.464/2007, já contava com disciplina específica a respeito no art. 44, *caput*, da Lei n. 11.343/06. A expressão "e liberdade provisória", originariamente contida no art. 2º, inc. II, da Lei n. 8.072/90, referia-se, genericamente, a vários delitos:

os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo. Com a vigência da Lei n. 11.343/06, a disciplina da matéria, especificamente quanto ao delito de tráfico, passou a constar do art. 44, "caput", daquela Lei, que dispõe: "Art. 44. Os crimes previstos nos arts. 33, 'caput' e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de *sursis*, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos. Parágrafo único. Nos crimes previstos no 'caput' deste artigo, dar-se-á o livramento condicional após o cumprimento de dois terços da pena, vedada sua concessão ao reincidente específico" (grifos nossos). Quanto ao delito de tráfico, portanto, o cuidado infraconstitucional da matéria – antes havida no art. 2º, inc. II, da Lei n. 8.072/90 – parece apenas ter transmudado a sua base legal para o art. 44, *caput*, da Lei n. 11.343/2006. Quer-se dizer, a Lei n. 8.072/90 não mais dispõe sobre a matéria relativamente ao crime de tráfico desde o início da vigência da Lei n. 11.343/2006. Assim, não poderia a Lei n. 11.464/07 – que se limitou a alterar o texto originário do art. 2º, inc. II, da Lei n. 8.072/90 – modificar a disciplina que já constava de lei especial (Lei n. 11.343/06, art. 44, *caput*). 14. De se concluir, portanto, que, independentemente da fundamentação cautelar idônea da decisão que indeferiu o pedido de liberdade provisória, não se poderia cogitar, na espécie vertente, de manifesta ilegalidade na manutenção da prisão em flagrante da Paciente. Em casos semelhantes ao dos autos, ademais, há numerosos casos de liminares sendo indeferidas neste Supremo Tribunal (Conferir, entre outros, os *Habeas Corpus* n. 91.118, rel. Min. Sepúlveda Pertence, decisão monocrática, DJ 20-4-2007; 91.303, rel. Min. Sepúlveda Pertence, decisão monocrática, DJ 15-5-2007; 91.550, rel. Min. Sepúlveda Pertence, decisão monocrática, DJ 6-6-2007; 92.723, rel. Min. Ricardo Lewandowski, decisão monocrática, DJ 18-10-2007; 93.302, de que fui Relatora, decisão monocrática, DJ 17-12-2007; e 93.436, de que também fui Relatora, decisão monocrática, DJ 1º-2-2008) (*HC* n. 93.925/SP, rel. Min. CÁRMEM LÚCIA, p. 7-3-2008).

De fato, quando o legislador original previu, no art. 5º, LXVI, que "ninguém será levado à prisão ou nela mantido quando a lei admitir a liberdade provisória", em raciocínio inverso, "está dizendo que,

quando a lei não admitir a liberdade provisória, será possível levar-se alguém à prisão, logo permite o legislador estabelecer casos de inadmissibilidade do referido benefício" (FERNANDO CAPEZ, Curso de Processo Penal, 8. ed., SP: Saraiva, p. 246), como, nos casos dos crimes previstos na Lei n. 11.343/2006, expressamente mencionados em seu art. 44: "Os crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de *sursis*, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos".

E aplicando o dispositivo, que guarda estreita relação com o art. 5º, XLII, da Carta da Primavera, têm sido as decisões deste egrégio Tribunal de Justiça: "Tendo a Constituição Federal proibido para os crimes hediondos e equiparados o benefício da fiança, afronta a lógica em tais delitos admitir liberdade provisória sem fiança" (HC n. 2008.003100-9, da Capital, rel. Des. Amaral e Silva, j. 19-2-2008).

Ainda:

Eventuais bons antecedentes, emprego e residência fixa não impedem a segregação, porquanto a concessão de liberdade provisória é vedada quando se trata de tráfico ilícito de entorpecentes, por previsão expressa do art. 44 da Lei Específica. Ademais, "o inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal estabelece que o crime de tráfico ilícito de entorpecentes é inafiançável. Não sendo possível a concessão de liberdade provisória com fiança, com maior razão é a não-concessão de liberdade provisória sem fiança" (STJ, RHC 22165/GO, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 13-12-2007).

Também, em caso assemelhado ao destes autos, onde argüida a ausência de fundamentação do despacho que indeferiu o pedido de liberdade provisória:

Desta forma, extrai-se do dispositivo supra que a negativa do benefício da liberdade provisória, no crime de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, encontra abrigo na Carta Magna,

que impõe a inafiançabilidade das referidas infrações penais, conforme o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal. Veja-se:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ALEGAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO PARA A PRISÃO PREVENTIVA. PRISÃO EM FLAGRANTE. INAFIANÇABILIDADE DO CRIME E INVIABILIDADE DA CONCESSÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA, NOS TERMOS DA CONSTITUIÇÃO DE 1988.

Não se admite liberdade provisória nos processos por crimes de tráfico de entorpecentes (inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal e art. 2º da Lei n. 8.072/90).

Habeas corpus conhecido em parte e, nessa parte, indeferido (HC 89.068/RN – rel. Min. Carlos Britto – j. 28.11.2006 – DJ 23.2.2007)".

Ademais, a própria Lei n. 11.343/06 veda a concessão de liberdade provisória no caso do crime de tráfico ilícito de entorpecentes:

"Art. 44. Os crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos".

Vislumbra-se, portanto, que a Lei Antidrogas proíbe expressamente a possibilidade de liberdade provisória para determinados crimes, inclusive o do art. 33, não obstante a Lei n. 11.464/07 tenha suprimido a proibição legal à concessão da liberdade provisória, nos casos de delitos hediondos (HC n. 2008.081060-1, de Tubarão, rel. Des. José Volpato de Souza, j. 29-1-2009).

No caso, segundo os elementos do processo, o paciente foi preso em flagrante, na data de 18-4-2008, e denunciado, com outros sete acusados, pela prática, em tese, dos delitos capitulados nos arts. 33, *caput*, e 35, ambos da Lei n. 11.343/2006.

Tem-se que a custódia resultou de ampla investigação, inclusive, com monitoramento autorizado de conversas telefônicas, que iden-

tificou o envolvimento do grupo na recepção e comércio de drogas, culminando com a apreensão de carregamento de tóxico, vindo do Paraná.

Dessarte, evidenciando-se a associação para o comércio de drogas ilegais, delito de natureza permanente, não há que se falar em ausência dos requisitos da prisão em flagrante e, tampouco, inexistência de indícios de envolvimento do paciente nos crimes pelos quais foi denunciado, quando se sabe, inclusive, que, para algumas das condutas típicas do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, assim como no seu equivalente anterior (art. 12 da Lei n. 6.368/76), não é necessário o contato físico do participante com a substância tóxica apreendida (TJSP, RT 653/284).

Ainda, quanto ao aventado excesso de prazo para o término da instrução, é possível constatar, nas informações prestadas pela autoridade tida como coatora, que as primeiras alegações preliminares foram recebidas em 4.7.2008, sendo nomeados defensores para os acusados cuja peça não foi apresentada, desdobrando-se, doravante, todos os demais atos processuais legalmente previstos, sendo relevante assinalar a intercorrência de diversos incidentes que permearam o feito (vários pedidos de liberdade provisória, revogação da nomeação de defensor, incompetência do juízo, pedido de prisão domiciliar, diligências diversas, localização do réu foragido e formação de novos autos).

No momento, o feito encontra-se na fase de oitiva de testemunhas de defesa, que estava apazada para o dia 26 próximo passado.

Nesse passo, não se reconhece ilegalidade a sanar, pela via do *writ*, uma vez que "tem se entendido que não há constrangimento ilegal se o excesso de prazo para o encerramento do processo é justificado porque provocado por incidentes processuais não imputáveis ao juiz, e resultante de diligências demoradas (complexidade do processo com vários réus, necessidade de expedição de cartas precatórias, defensores residentes

em diversas cidades, obrigando a diligências de intimação, incidente de insanidade mental etc.)" (Julio Fabbrini Mirabete, Código de processo penal interpretado. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 1.717).

Esse é, igualmente, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, que tem defendido a observância do princípio da razoabilidade, no que tange ao cumprimento dos prazos processuais:

[...] 5. Os prazos indicados para a consecução da instrução criminal servem apenas como parâmetro geral, porquanto variam conforme as peculiaridades de cada processo, razão pela qual a jurisprudência uníssona os tem mitigado. 6. Nesse contexto, consoante o princípio da razoabilidade, resta devidamente justificada a necessária dilação do prazo para conclusão da fase instrutória, mormente quando se tem em conta as peculiaridades do feito – complexidade da causa e pluralidade de réus (*Habeas Corpus* n. 40.007/BA, rela. Mina. Laurita Vaz, DJ de 7-11-2005, p. 318).

Por isso, estando os prazos fluindo dentro da normalidade e da complexidade da demanda, considerando a pluralidade de réus (oito), já tendo sido designada audiência de oitiva de testemunhas defensivas, após a qual, em não havendo necessidade de novas diligências, estará a instrução finda, não há que se falar em delonga exagerada para a formação da culpa.

É esse o contemporâneo entendimento desta Corte Estadual, já consignado na apreciação do *mandamus* articulado por co-réu:

Logo, ante as garantias trazidas pela atual Lei Antidrogas, verifica-se que o prazo para a formação da culpa, examinado sem rigidez matemática e em observância ao princípio da razoabilidade, está sendo seguido com o regular prosseguimento da *actio*, dentro do rito da Lei n. 11.343/06, não se vislumbrando motivo para a liberação do paciente (HC n. 2008.079601-9, de Palhoça, rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, j. 27-1-2009).

DECISÃO

Diante do exposto, decidi a Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, denegar a ordem.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Sérgio Paladino, sem voto, e dele participaram os Exmos. Srs. Des. Salete Silva Sommariva e Tulio José Moura Pinheiro, lavrando parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Humberto Francisco Scharf Vieira.

Florianópolis, 31 de março de 2009.

Irineu João da Silva
RELATOR

RECURSO CRIMINAL

Recurso Criminal n. 2008.077750-7, da Capital

Relator: Des. Subst. Tulio Pinheiro

RECURSO CRIMINAL. SENTENÇA DE PRONÚNCIA. TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO POR MOTIVO FÚTIL E PORTE ILEGAL DE ARMA. IRRESIGNAÇÃO EXCLUSIVA DA DEFESA.

AVENTADA OFENSA AO PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. NÃO OCORRÊNCIA. INSTITUTO QUE NÃO VIGORAVA NO SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO À ÉPOCA DA PROLAÇÃO DA SENTENÇA. RESPEITO AOS ATOS CONCLUÍDOS SOB A ÉGIDE DE LEGISLAÇÃO PRETÉRITA. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 2º DA LEI ADJETIVA PENAL.

PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA SOB A TESE DE LEGÍTIMA DEFESA. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PROVA INEQUÍVOCA DA SUPOSTA E INJUSTA AGRESSÃO E DO USO DE MEIO MODERADO PARA REPELI-LA. DISCUSSÃO A SER DIRIMIDA PELO CONSELHO POPULAR.

POSTULADA A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO *IN DUBIO PRO REO* EM DETRIMENTO AO *IN DUBIO PRO SOCIETATE*. TESE RECHAÇADA, EIS QUE NA FASE DA PRONÚNCIA PREVALECE A DECISÃO EM FAVOR DA SOCIEDADE.

PLEITO DE EXCLUSÃO DO MOTIVO FÚTIL. ACOLHIMENTO. CONTENDA ANTERIOR QUE AFASTA A QUALIFICADORA.

REQUERIMENTO DE EXCLUSÃO DO CRIME DE PORTE ILEGAL DE ARMA, SOB A JUSTIFICATIVA DE QUE O MATERIAL BÉLICO ESTAVA DEVIDAMENTE REGISTRADO, ENQUANTO O AGENTE POSSUÍA PORTE, PORÉM VENCI-

DO, O QUE RETIRARIA A TIPICIDADE. INACOLHIMENTO. ESCOADO O PRAZO DE VALIDADE DO PORTE, INVIÁVEL AO SEU DETENTOR A UTILIZAÇÃO DO ARMAMENTO, PORQUANTO A AUTORIZAÇÃO OUTORGADA PELO ESTADO TEM PRAZO DETERMINADO. PRECEDENTE DESTA CORTE.

RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Criminal n. 2008.077750-7, da comarca da Capital (1ª Vara Criminal), em que é recorrente Luiz Carlos Bonfim e recorrida a Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso, tão-somente para excluir a qualificadora de motivo fútil por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso, tão-somente para excluir a qualificadora de motivo fútil, mantendo-se, no mais, incólume a sentença de pronúncia. Custas legais.

RELATÓRIO

Na Comarca da Capital (1ª Vara Criminal), Luiz Carlos Bonfim e Lourdes Jacinta Rigotti foram denunciados, o primeiro como incurso nas sanções do arts. 121, § 2º, inc. II, c/c 14, inc. II, ambos do Código Penal e art. 14 da Lei n. 10.826/03, e a segunda por infração aos arts. 121, *caput*, c/c 14, inc. II, ambos do Estatuto Repressivo e art. 14 da Lei do Desarmamento, pela prática das seguintes condutas delitivas, assim narradas na exordial acusatória:

[...] no dia 22 de maio de 2005, por volta das 2h40min., nesta cidade e comarca, o denunciado LUIZ CARLOS BONFIM, adentrou na residência de Leandro e Eduardo Marchi, vizinha a sua, onde ocorria uma festa de aniversário e, após discussão face o alarido ali produzido, entrou em vias de fato com os participantes da festa, vindo a sacar uma faca e um revólver calibre 38, marca Rossi, [...] e, com

intuito homicida, efetuou disparo de arma de fogo ao mesmo tempo que tentava desferir facadas contra as vítimas Leandro e Eduardo Marchi, não alcançando sucesso, por circunstância alheias a sua vontade, ou seja, foi impedido pelos participantes do festejo.

A denunciada Lourdes Jacinta Rigotti, por sua vez, ao ver seu marido em luta corporal com os participantes da festividade vizinha a sua casa, com intenção de matar, assumindo o risco, passou a desferir disparos de armas de fogo contra os litigantes (Eduardo e Leandro Marchi) utilizando-se de um revólver calibre 38, marca TAURUS, não alcançando o seu intento, por erro na pontaria, circunstância alheia a sua vontade [...] (fl. 3 – *sic*).

Processado o feito e concluída a instrução, o MM. Juiz Hélio David Vieira Figueira dos Santos proferiu sentença por meio da qual julgou improcedente a denúncia em relação à ré Lourdes Jacinta Rigotti, acolhendo-a, todavia, para pronunciar Luiz Carlos Bonfim nos moldes aludidos na peça inaugural (fl. 231-233).

Inconformado com o *decisum*, o pronunciado interpôs recurso em sentido estrito (fl. 240). Em suas razões (fls. 241-247), aduziu, preliminarmente, ofensa ao princípio da identidade física do juiz. No mérito, pleiteou a absolvição, sob o argumento de que teria agido em legítima defesa e sem *animus necandi*, destacando, ainda, a necessidade da aplicação do princípio *in dubio pro reo* em detrimento do princípio *in dubio pro societate*. Subsidiariamente, pugnou pela exclusão da qualificadora de motivo fútil. Por fim, quanto ao porte ilegal de arma, sustentou que o instrumento bélico era devidamente registrado, sendo que possuía porte, apesar de vencido, fato este que, no seu entender, não tem o condão de atestar a tipicidade.

Oferecidas as contrarrazões (fls. 257-264) e mantida a sentença de pronúncia (fl. 265), os autos ascenderam a esta instância, tendo a douta Procuradoria-Geral de Justiça opinado pelo conhecimento e provimento parcial do recurso, apenas para afastar a qualificadora já aludida (fls. 274-278).

VOTO

Trata-se de recurso em sentido estrito interposto pela defesa de Luiz Carlos Bonfim, pronunciado pela prática, em tese, das infrações descritas nos arts. 121, § 2º, inc. II, c/c 14, inc. II, ambos do Código Penal e art. 14 da Lei n. 10.826/03.

Busca o recorrente, preliminarmente, a reconhecimento da nulidade da sentença de pronúncia, sob a assertiva de ofensa ao princípio da identidade física do juiz. No mérito, pleiteia a absolvição sumária, ao argumento de que o caderno processual aponta de forma incontestada ter o recorrente atuado sem *animus necandi* e somente no intuito de defender-se das agressões perpetradas contra si. Além disso, roga a aplicação do princípio *in dubio pro reo*. Subsidiariamente, requer a exclusão da qualificadora de motivo fútil. Por fim, quanto ao porte ilegal de arma, pretende igualmente sua exclusão, justificando, para tanto, que o dito artefato de fogo possuía registro, além do que tinha o necessário porte, apesar de vencido, o que, no seu entender, não é suficiente para conduzir à tipicidade da conduta criminosa.

De início, cumpre esclarecer que até a edição da Lei n. 11.719/08, que passou a vigorar a partir de 28 de agosto de 2008, inexistia no processo penal o princípio da identidade física do juiz.

E, segundo a regra ditada pelo art. 2º do Código de Processo Penal, as normas processuais penais possuem aplicação imediata mas não podem comprometer os atos já praticados sob o império da lei anterior, de modo que, datando a sentença guereada de 15 de abril de 2007, forçoso concluir pela desnecessidade da observância do instituto em comento.

Sobre o tema, já assentou esta Corte:

APELAÇÃO CRIMINAL. ALMEJADA DECLARAÇÃO DE NULIDADE DA SENTENÇA. INOBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. INOVAÇÃO INTRODUZIDA NO DIREITO PROCESSUAL PENAL PÁTRIO PELA LEI

N. 11.719/08. DECISÃO PROFERIDA ANTES DA VIGÊNCIA DA ALTERAÇÃO LEGISLATIVA. ATO PROCESSUAL VÁLIDO, EM VIRTUDE DE HAVER SIDO PRATICADO SOB O IMPÉRIO DA LEI ANTERIOR. ART. 2º DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.

Vige no direito processual penal pátrio o princípio *tempus regit actum*, segundo o qual as normas processuais tem aplicação imediata, regulando o desenrolar do processo, considerando-se válidos, porém, os atos processuais realizados sob o império da lei anterior, *ex vi* do art. 2º do Código de Processo Penal. [...] (Apelação Criminal n. 2008.055409-5, rel. Des. Sérgio Paladino).

Afasta-se, portanto, a prejudicial aventada.

No mérito, melhor sorte não socorre ao recorrente.

A partir dos autos, denota-se claramente a existência de prova da materialidade e de indícios de ser Luiz Carlos o autor do delito em discussão, restando pendentes apenas as reais circunstâncias e o efetivo *animus* do acusado.

A materialidade e a autoria encontram-se devidamente consubstanciadas no auto de prisão em flagrante (fls. 6-7), na nota de culpa (fl. 17), no termo de exibição e apreensão de arma de fogo (fl. 20), na ficha de ocorrência (fl. 21), no boletim de ocorrência (fls. 26-29), nos laudos periciais de lesão corporal (fls. 134-136) e de material bélico (fls. 149-151), além da prova testemunhal.

Dos elementos coligidos ao feito, depreende-se que no início da madrugada do dia 22 de maio de 2005, o acusado Luiz Carlos Bonfim adentrou na residência das vítimas Leandro e Eduardo Marchi, portando uma faca e um revólver calibre 38, no intuito de dar fim a uma festa que lá se realizava. Após discutir com os proprietários do referido imóvel, o recorrente entrou em vias de fato com Eduardo Marchi e, neste momento,

ao que tudo indica, sacou primeiramente a arma branca, e, posteriormente, o revólver com o qual tentou efetuar disparos contra aquele, o que não se concretizou por razões alheias a sua vontade.

Luiz Carlos Bonfim, na fase policial, narrou que:

[...] confirma que nesta madrugada, ao chegar em casa, vindo de uma festa de aniversário do administrador da Empresa onde trabalha, certificou-se que seus vizinhos extremantes faziam uma festa com som alto, sendo comum esse tipo de festa com som alto; sua esposa telefonou para a polícia militar, sendo informada que, assim que dispusessem de uma viatura a mandariam lá; que o declarante, então, armou-se de um revólver marca Rossi, calibre 38, n. 058099, municiado com 6 cartuchos e uma faca da marca Tramontina, armas estas que reconhece como sendo as ora lhe apresentadas; que pulando o muro que divide os imóveis, observou que as pessoas estavam reunidas na garagem, dirigindo-se a Leandro para pedir-lhe que parasse com o som, ocasião em que o irmão de Leandro, Eduardo, dirigiu-se ao declarante juntamente com outros convidados, partindo para agressão física; que o declarante não sabe como, mas há certa altura das agressões, estava empunhando a arma que trazia na cintura [...] (fls. 14-15).

Em juízo, Luiz confirmou ter adentrado no imóvel de Leandro, asseverando que pediu ao mesmo para que baixasse o som e, como este fez menção de que não iria atender o pleito, virou-se de costas para retornar à sua residência, quando foi agredido e revidou com a arma de fogo (fl. 94).

No entanto, a versão dada por testemunhas presenciais denotam que os fatos ocorreram de modo um pouco diverso.

Paulo Henrique Tancredo, sob o crivo do contraditório, declarou:

[...] que nos dia dos fatos estava na festa na casa do Leandro e do Eduardo e realmente a Polícia havia estado lá pedindo que baixassem o som; que mais tarde percebeu que o acusado Luiz Carlos estava no terreno da casa do Leandro e os dois estavam conversando numa boa e nisso o Eduardo veio e quando o acusado Luiz Carlos já es-

tava indo em direção ao portão de saída foi que Eduardo passou a intervir na conversa e de repente ambos começaram a brigar; que durante esta briga o acusado Luiz Carlos sacou uma arma branca e quando já estavam tomando esta faca da mão de Luiz Carlos o mesmo ainda sacou de um revólver [...] (fl. 179).

Márcio Vilela, por sua vez, afirmou:

[...] percebeu que o acusado estava no terreno da casa do Eduardo; que viu quando Eduardo e Luiz Carlos estavam rolando no chão sendo que Luiz Carlos estava com uma faca na mão e então e depoente e outras pessoas a tomaram e em seguida Luiz Carlos puxou de uma arma, no caso um revólver, sendo que o depoente não viu mas contaram que quando Luiz Carlos tentou atirar o tiro falhou, porém neste mesmo momento o depoente estava segurando e tomando a faca de Luiz Carlos; que em seguida conseguiram tomar a arma e a faca de Luiz Carlos [...] (fl. 178).

No mesmo norte, estão as asserções do policial Jorge Luiz Eloi de Almeida:

[...] que ao chegarem no local, observaram que o ora conduzido estava sendo levado por um compadre para a casa daquele e que os vizinhos, onde ocorria a festa, de imediato entregaram à Guarnição um revólver e uma faca, dizendo que haviam retirado aquelas armas do conduzido, identificado como Luiz Carlos Bonfim [...] que a arma entregue à guarnição, tratando-se de um revólver Rossi, cal. 38, estava municiada com 06 cartuchos, observando o declarante que um ou dois apresentavam espoletas com sinais de tentativa de deflagração [...] (fls. 6-7).

Nesse contexto, os elementos probantes encartados aos autos permitem concluir que no fatídico dia, Luiz, munido de armas branca e de fogo, adentrou na residência de Leandro e Eduardo, onde era realizada uma festa de aniversário, procurando fazer com que o volume do som fosse diminuído, haja vista o incômodo que lhe causava.

E, malgrado as declarações alhures transcritas confirmarem que Luiz e Eduardo entraram em luta corporal, quando aquele sacou das armas e

investiu contra seu desafeto para livrar-se do ataque, não há qualquer elemento apontando que outros tenham aderido à contenda, ou mesmo que a vítima estivesse armada, exigindo de Luiz intervenção por meio de arma branca ou revólver, o que afasta eventual ocorrência de legítima defesa, como pretende a defesa .

Aliás, as palavras das vítimas Leandro e Eduardo permitem tal interpretação, senão vejamos:

[...] Que estando conversando na garagem e varanda da casa, seu vizinho Luiz Carlos Bonfim pulou o muro, dirigindo-se para o declarante e falava de forma agressiva, reclamando do barulho, mostrando-se bastante nervoso; Que o declarante tentou acalmar Luiz Carlos, oportunidade que este se dirigiu a seu irmão Eduardo, discutindo; Que tendo Luiz Carlos investido contra o irmão do declarante, percebeu que Luiz Carlos empunhava uma faca, originando um tumulto, o declarante tentou ajudar seu irmão para desarmar Luiz Carlos, o qual, sem o declarante perceber, empunhava um revólver e mesmo seguro pelo declarante e outros, tentava Luiz Carlos acionar o gatilho à arma [...] (Leandro Marchi – fl. 11).

[...] Que já passava da meia noite, estando os convidados concentrados na garagem e na varanda nos fundos da casa, seu vizinho que agora chamar-se Luiz Carlos Bonfim, pulou o muro próximo ao portão, desceu em direção à garagem, dirigindo-se primeiramente ao irmão do declarante de nome Leandro Marcos, reclamando do barulho e depois, dirigindo-se ao declarante, oportunidade que um amigo de Luiz Carlos, de nome Aurélio, aproximou-se para acalmar Luiz Carlos, o qual já chamava o declarante de vagabundo; QUE trocaram algumas ofensas, o declarante disse que sabia o que ele queria, que iriam diminuir o barulho e que ele se retirasse, ao que Luiz Carlos tentou investir contra o declarante, aumentando o tumulto e sendo Luiz Carlos levado por Aurélio para fora do terreno do declarante, este não aceitava, tentando agredir ao declarante e ao seu irmão Leandro e outras pessoas, um dos convidados conseguiu derrubar Luiz Carlos; Que Luiz Carlos sacou um revólver que trazia na cintura e com a mão esquerda apontava para o declarante, tendo o declarante batido no braço de Luiz Carlos, jogou-se sobre este para evitar que fosse atingido, segurou a arma, tentando tirá-la, enquanto isto, Luiz Carlos com a mão direita empunhou a faca

que trazia também na cintura, tentando também golpear o declarante; Que seu irmão Leandro, Aurélio e outras pessoas, tentaram desarmar Luiz Carlos, permanecendo este na intenção de esfaquear o declarante, atingindo seu irmão Leandro no dedo, com a faca; Que ainda, na luta para tirar a arma de Luiz Carlos, este com a arma apontada para a arma (*sic*) do declarante, acionou o gatilho, não sabendo quantas vezes, porém não conseguiu deflagrar; [...] (Eduardo Marchi – fl. 12).

Anote-se, ademais, que a tese de que o recorrente agiu em legítima defesa perde força ao se considerar que nenhuma das vítimas portava armas e, mesmo que houvessem outros agressores, resta dúvida a circunstância de ter se utilizado de meio necessário e moderado para conter a suposta agressão.

Cabe observar que a legítima defesa, para ser caracterizada, precisa conter os elementos dispostos no art. 25 do Código Penal, os quais podem ser classificados, segundo Guilherme de Souza Nucci, em: "*a) relativos à agressão: a.1) injustiça; a.2) atualidade ou iminência; a.3) contra direito próprio ou de terceiro; b) relativos à repulsa: b.1) utilização de meios necessários (mezzi); b.2) moderação (grado); c) relativo ao ânimo do agente: elemento subjetivo, consistente na vontade de se defender*" (in Código Penal Comentado, 5. ed., São Paulo: RT, 2005, p. 220-221).

Sob tal enfoque, infere-se do processado que o contexto probante não denota, de modo seguro e incontestado, que o réu tenha agido em legítima defesa.

E, segundo leciona Julio Fabbrini Mirabete: "*Para a absolvição sumária nos crimes de competência do júri é necessário que haja uma prova segura, incontroversa, plena, límpida, cumpridamente demonstrada e escoimada de qualquer dúvida pertinente à justificativa ou dirimente, de tal modo que a formulação de um juízo de admissibilidade da acusação representaria uma manifesta injustiça*" (in Processo Penal, 9. ed., São Paulo: Atlas, 1999, p. 496-497).

Assim, porque não evidenciada, de forma cristalina, a mencionada excludente da antijuridicidade, inviável a absolvição sumária do recorrente.

Da mesma forma, não há que se falar em aplicação do princípio do *in dubio pro reo*, como pretende a combativa defesa, pois é cediço que, ao contrário do julgamento final, na fase da pronúncia, existindo dúvida, a regra é que esta sempre deve ser colimada a favor da sociedade – *in dubio pro societate*.

A doutrina, na voz de Julio Fabbrini Mirabete, explica que:

Indo os autos ao juiz, poderá ele pronunciar o réu. Dispõe o artigo 408: 'Se o juiz se convencer da existência do crime e de indícios de que o réu seja o seu autor, pronunciará-lo-á, dando os motivos do seu convencimento'. Assim, considerada *stricto sensu*, a pronúncia é a decisão interlocutória mediante a qual o magistrado declara a viabilidade da acusação por se convencer da existência do crime e de indícios de que o réu seja o seu autor. Não se trata, portanto, de mero 'despacho', mas de sentença, em que há 'julgamento', como deixa claro a lei processual ao se referir expressamente a 'sentença de pronúncia' (arts. 408, § 1º, 413 e 415). Como bem observa José Frederico Marques, 'a pronúncia é sentença processual de conteúdo declaratório em que o juiz proclama admissível a acusação, para que seja decidida no plenário do Júri' [...]. **A sentença de pronúncia, portanto, como decisão sobre a admissibilidade da acusação, constitui juízo fundado de suspeita, não o juízo de certeza que se exige para a condenação. Daí a incompatibilidade do provérbio *in dubio pro reo* com ela. É a favor da sociedade que nela se resolvem as eventuais incertezas propiciadas pela prova. Há inversão da regra *in dubio pro reo* para *in dubio pro societate*.** (*in* Processo Penal, 12. ed., São Paulo: Atlas S.A., p. 486-487) (grifou-se).

Colhe-se da jurisprudência desta Corte:

RECURSO CRIMINAL – CRIME CONTRA A VIDA – HOMICÍDIO TENTADO – PRONÚNCIA – EXISTÊNCIA DO CRIME E INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA – COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI – ABSOLVIÇÃO

SUMÁRIA QUE NÃO SE MOSTRA INCONTROVERSA [...] – RECURSO DESPROVIDO.

Havendo prova da materialidade e indícios da autoria do crime, torna-se mais prudente remeter a apreciação defensiva para o corpo de jurados do Tribunal do Júri, por deter esse competência exclusiva. Nesses crimes, o princípio *in dubio pro reo* dá lugar ao princípio *in dubio pro societate* [...] (Recurso Criminal n. 2008.033869-7, rel. Des. Solon d'Eça Neves).

Em relação à exclusão da circunstância qualificadora, razão assiste ao réu.

Isso porque tanto o recorrente quanto os vitimados já travaram discussões acaloradas em face de constantes festividades na residência de Leandro e Eduardo, especialmente em razão do elevado volume do som, o que deu ensejo, inclusive, à confecção de termo circunstanciado (fl. 59).

O entendimento assentado desta Corte vai na direção da exclusão da qualificadora de motivo fútil quando da existência de desavenças anteriores à prática do delito, senão vejamos:

PROCESSO PENAL. RECURSO CRIMINAL INTERPOSTO CONTRA SENTENÇA DE PRONÚNCIA. ALEGADA LEGÍTIMA DEFESA. ALMEJADA ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA. EXCLUDENTE DE ILICITUDE CUJA CONFIGURAÇÃO NÃO ENCONTRA ECO NO CONTEXTO PROBATÓRIO. INVIALIBILIDADE. QUESTÃO QUE INCUMBE AO TRIBUNAL DO JÚRI APRECIAR. RECURSO DESPROVIDO. [...] MOTIVO FÚTIL. EXISTÊNCIA DE DESAVENÇAS ANTIGAS ENTRE O ACUSADO E A VÍTIMA. CRIME PRECEDIDO DE ALTERAÇÃO ENTRE AMBOS. CIRCUNSTÂNCIAS QUE AFASTAM A QUALIFICADORA. ACOLHIMENTO DO PLEITO.

A existência de desavenças antigas entre acusado e vítima e a discussão imediatamente anterior à prática do delito são circunstâncias que ilidem a qualificadora do motivo fútil. [...] (Recurso Criminal n. 2004.032838-8, rel. Des. Sérgio Paladino).

E ainda:

PRONÚNCIA – HOMICÍDIO QUALIFICADO (MOTIVO FÚTIL) – PRETENDIDO RECONHECIMENTO DA LEGÍTIMA DEFESA – AUSÊNCIA DE PROVA ESCORREITA – *IN DUBIO PRO SOCIETATE* – INVIABILIDADE – QUALIFICADORA QUE NÃO ENCONTRA RESPALDO JURÍDICO NOS ELEMENTOS DOS AUTOS – AFASTAMENTO – DESCLASSIFICAÇÃO PARA HOMICÍDIO SIMPLES. [...] o posicionamento doutrinário e jurisprudencial assente é no sentido de reconhecer que, se houve discussão anterior ou prévia contenda entre os envolvidos, o motivo não pode ser considerado fútil, ainda que injusto, não servindo, diante disso, para qualificar o delito de homicídio. [...] (Recurso Criminal n. 2005.020560-5, rel. Des. Irineu João da Silva).

Por fim, acerca da pretensa exclusão do crime de porte ilegal de arma, sob a justificativa de que o artefato de fogo estava registrado e Luiz possuía porte, apesar de vencido, o que, por si só, no seu entender, não tem o condão de tornar típico o fato, equivocado o entendimento.

É cediço que o porte de arma nada mais é do que uma autorização, com características próprias, previstas na lei e em regulamento.

E, no dizer de Luiz Flávio Gomes e William Terra de Oliveira: "*O porte é temporal. O porte possui eficácia temporal limitada, devendo ser renovado periodicamente [...] O porte é condicional. Outra característica do porte enquanto uma autorização é que ele exige o preenchimento de determinados requisitos especiais para sua obtenção*" (Lei das Armas de Fogo, Editora RT, 2ª ed., p. 156).

A Lei n. 10.826/03, que trata da matéria, em seu art. 10, prescreve:

Art. 10. A autorização para o porte de arma de fogo de uso permitido, em todo o território nacional, é de competência da Polícia Federal e somente será concedida após autorização do Sinarm.

§ 1º A autorização prevista neste artigo poderá ser concedida com eficácia temporária e territorial limitada, nos termos de atos regulamentares, e dependerá de o requerente: [...] (grifo nosso).

Admitir o argumento defensivo é abrir precedente para invalidar, em parte, o Estatuto do Desarmamento, que em seu art. 29, declara expirado o prazo de validade de todas as autorizações de porte no prazo de 90 dias a partir de sua vigência. Se considerarmos mera irregularidade administrativa o porte vencido, este art. 29 não terá eficácia e todos aqueles que tiverem portes de arma já vencidos não estarão incursos nas penas da Lei n. 10.826/03.

Não bastasse isso, a apreensão do revólver ocorreu em 22 de maio de 2005, enquanto o porte foi emitido em 10.07.1996, com validade até 10-7-1999. Portanto, Luiz não tinha porte válido há aproximadamente 5 anos.

Para arrematar, traz-se à baila precedente desta Corte, sob a relatoria do eminente Desembargador Sérgio Baasch Luz:

Porte ilegal de arma de fogo. Revólver apreendido em poder de policial militar que não estava em serviço. Prisão em flagrante. Autorização para porte vencida. Crime caracterizado. Comprovado que o agente policial militar, não estava em serviço e transportava em seu automóvel uma arma de fogo com porte vencido, configurado está o crime previsto no art. 10 da Lei n. 9.437/97, pois tendo o policial somente o certificado de registro de arma de fogo, deveria tê-la em sua residência ou no local de trabalho, nunca, porém, circular em via pública, o que lhe exigiria autorização para porte (Apelação Criminal n. 2001.021778-3).

Ainda, o elucidativo julgado do Tribunal de Justiça do Paraná:

PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. CONDENAÇÃO. ALEGAÇÃO DE ERRO DE TIPO E DE PROIBIÇÃO. INOCORRÊNCIA. PORTE VENCIDO HÁ MAIS DE ANO E MEIO EM PODER DO RÉU NO MOMENTO DA APREENSÃO. ALEGADO DESCONHECIMENTO DA EXPIRAÇÃO DO PRAZO DA AUTORIZAÇÃO. INADMISSIBILIDADE. RESPONSABILIDADE DE MANTER EM DIA A DOCUMENTAÇÃO EXIGIDA POR LEI. CONHECIMENTO INEQUÍVOCO DA OBRIGATORIEDADE DO PORTE. RECURSO DESPROVIDO.

A alegação de desconhecer o vencimento da autorização ao porte de arma, ocorrido há mais de um ano não convence a ocorrência de erro de tipo, porquanto constitui responsabilidade do homem médio, morador da capital do estado, manter em dia a documentação exigida por lei. Não há que se falar em erro de proibição quando a lei que traz o tipo incriminador é amplamente divulgada pelos meios de comunicação e substitui conduta já proibida por normas anteriores. (Ap. Crim. n. 04774418, rel. Des. José Maurício Pinto de Almeida, p. 11-7-2008).

Deste modo, é de ser confirmada, em parte, a pronúncia, acolhendo-se a súplica defensiva apenas para determinar a exclusão da qualificadora do motivo fútil.

DECISÃO

Ante o exposto, dá-se parcial provimento ao recurso, tão-somente para extirpar a qualificadora de motivo fútil, mantendo-se, no mais, incólume o julgado combatido.

O julgamento, realizado no dia 17 de março de 2009, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Sérgio Paladino, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Irineu João da Silva. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Vilmar José Loef.

Florianópolis, 17 de março de 2009.

Tulio Pinheiro
RELATOR

TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL

APELAÇÕES CRIMINAIS

Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2008.076526-5, de Modelo

Relator: Des. Moacyr de Moraes Lima Filho

APELAÇÃO CRIMINAL – ESTELIONATO MEDIANTE FRAUDE À SEGURADORAS – AGENTES QUE ALICIAVAM PESSOAS A CONTRATAR APÓLICES DE SEGURO, E INDUZIAM-NAS À AUTO-MUTILAÇÃO, VISANDO AO RATEIO DA INDENIZAÇÃO.

INÉPCIA DA DENÚNCIA – INOCORRÊNCIA – DESCRIÇÃO DETALHADA DA CONDUITA DE CADA AGENTE – REQUISITOS DO ART. 41 DO CPP ATENDIDOS – AÇÕES E PORMENORES QUE, ADEMAIS, DEVEM SER COMPROVADOS AO LONGO DA INSTRUÇÃO CRIMINAL.

VALIDADE DAS INVESTIGAÇÕES INICIADAS POR REQUISIÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO À AUTORIDADE POLICIAL COMPETENTE – SITUAÇÃO DE COOPERAÇÃO DOS ÓRGÃOS NA INVESTIGAÇÃO – ATRIBUIÇÃO QUE, ALÉM DO MAIS, NÃO É EXCLUSIVIDADE DA POLÍCIA JUDICIÁRIA.

INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS – REQUISITOS DO ART. 2º DA LEI N. 9.296/96 DEVIDAMENTE PREENCHIDOS – ARGUIÇÃO DE NULIDADE DA SENTENÇA EM VIRTUDE DA AUSÊNCIA DE PERÍCIA PARA IDENTIFICAÇÃO DAS VOZES – DESNECESSIDADE – OBSERVÂNCIA DOS ARTS.

5º, XII, E 93, IX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DA LEI N. 9.296/96.

"A Lei n. 9.296/96 reputa necessárias, tão-somente, as escutas telefônicas, autorizadas pelo juiz, e as transcrições de seu conteúdo, sendo prescindível a identificação das vozes, mormente porque o valor probante das gravações será analisado em conjunto com as demais provas" (Des. Amaral e Silva).

MÉRITO – AUTORIA E MATERIALIDADE DEVIDAMENTE COMPROVADAS – CONJUNTO PROBATÓRIO ROBUSTO, QUE VIABILIZA A MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO.

RECURSO MINISTERIAL – MAJORAÇÃO DA PENA-BASE – POSSIBILIDADE – CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS, EM ESPECIAL AO ALTO GRAU DE CULPABILIDADE DOS ACUSADOS E CONSEQUÊNCIAS INDIRETAS IRREPARÁVEIS DO CRIME – MOTIVOS DETERMINANTES QUE CONSTITUEM ELEMENTAR DO TIPO QUE, ACERTADAMENTE, NÃO FORAM LEVADOS A EFEITO PARA O CÁLCULO DA REPRIMENDA – MAJORAÇÃO QUE SE IMPÕE – AGRAVANTES DO ART. 62, I E IV, DO CP MANTIDAS – DESÍGNIOS AUTÔNOMOS – CONCURSO MATERIAL CONFIGURADO.

"Se a pena mínima existe para ser usada aos primários, de bons antecedentes, sem qualquer especial circunstância que agrave a reprimenda, é natural que a pena máxima deva ser utilizada quando o caso o recomende", pois, "se não fosse assim, seria inútil individualizar a reprimenda, já que a pena máxima nunca seria aplicada" (TJSP, Desembargador Jarbas Mazzolini, j. em 11-12-2000).

POSSE IRREGULAR DE MUNIÇÃO – CONDUTA ABRANGIDA PELA *VACATIO LEGIS* – ATIPICIDADE TEMPORÁRIA – ABSOLVIÇÃO MANTIDA.

O fato de se tratar de munição sem comprovação da origem ilícita, portanto, insuscetível de regularização, não afasta a incidência da *vacatio legis*, porquanto "a Lei n. 10.826/03 não trata apenas da possibilidade de regularização da arma, mas também da sua simples entrega à Polícia Federal" (STJ, Ministro Nilson Naves, j. em 26-6-2006).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2008.076526-5, da comarca de Modelo (Vara Única), em que é apte/apdo A Justiça, por seu Promotor, e apelados Moisés Rodrigues da Silva e outros:

ACORDAM, em Terceira Câmara Criminal, por votação unânime, afastar as preliminares, negar provimento aos recursos da defesa e dar parcial provimento ao apelo ministerial para adequar as reprimendas. Custas de lei.

RELATÓRIO

Na comarca de Modelo, após o resultado da investigação que culminou com a Operação Cinco Dedos, o órgão do Ministério Público ofertou denúncia contra: Antoninho Luiz de Souza, como incurso nos arts. 158, §§ 2º e 3º (uma vez), e 171, § 2º, V, c/c 62, I e IV (cinco vezes), todos do Código Penal; Moisés Balbinot, como incurso no art. 158, §§ 2º, e 171, § 2º, V, c/c 62, I e IV, do Código Penal; Valmir Albani, Moisés Rodrigues da Silva, Joraci dos Santos Gulin, Cleonice Nemirski da Silveira, Vanderlei da Silveira, Ademir Nemirski e Dejair Teixeira como incurso nas sanções do art. 171, § 2º, V, do Código Penal; e Nadir Jaime Weitzemann, Severino Albani, Moisés Rodrigues da Silva, Rogério Dreher e Antônio da Silva por infração ao art. 12 da Lei n. 10.826/03.

Narra a denúncia, em suma, que Antoninho Luiz de Souza e Moisés Balbinot orientaram, induziram, incentivaram e mesmo constrangeram diversas pessoas da região – Valmir Albani, Joraci dos Santos Gulin, Cleonice Nemirscki da Silveira, Vanderlei da Silveira, Ademir Nemirscki e Dejour Teixeira – à contratação de apólices de seguro e auto-mutilação para o fim de obterem as respectivas indenizações por seguro pessoal. A atividade ilícita era praticada de forma habitual. No caso de Antoninho, a atividade era exercida concomitantemente aos serviços de despachante previdenciário (informal) que exercia. Pela orientação prestada, Antoninho Luiz de Souza e Moisés Balbinot recebiam em torno de 20% a 30% do valor obtido das seguradoras. Nas buscas realizadas, foram encontradas armas e munições com os acusados Nadir Jaime Weitzemann, Severino Albani, Moisés Rodrigues da Silva, Rogério Dreher e Antônio da Silva, que foram denunciados por porte e posse ilegal de arma e/ou munições.

Instruído o feito, sobreveio sentença de parcial procedência do pedido contido na denúncia, que desclassificou o crime de extorsão para o crime de estelionato, em relação a Antoninho de Souza e Moisés Balbinot, e condenou: a) Antoninho Luiz de Souza, ao cumprimento de 6 (seis) anos de reclusão em regime inicial semi-aberto, e ao pagamento de 54 (cinquenta e quatro) dias-multa, cada qual no valor mínimo previsto para o tipo, por infração ao art. 171, § 2º, V, c/c o art. 62, I e IV, (por 3 vezes) c/c o art. 69, *caput*, todos do CP (concurso material); b) Moisés Balbinot ao cumprimento de 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão em regime inicial semi-aberto, e ao pagamento de 40 (quarenta) dias-multa, cada qual no valor mínimo previsto para o tipo, por infração ao art. art. 171, § 2º, V, c/c o art. 62, I e IV, (por 2 vezes) c/c o art. 69, *caput*, todos do CP (concurso material); c) Vanderlei da Silveira ao cumprimento de 1 (um) ano e 5 (cinco) meses de reclusão em regime semi-aberto, e ao pagamento de 20 (vinte) dias-multa, estes fixados em 1/30 do salário mínimo vigente à época do fato, por infração ao art. 171, § 2º, V, do CP;

d) Moisés Rodrigues da Silva ao cumprimento de 1 (um) ano e 5 (cinco) meses de reclusão, em regime semi-aberto, e ao pagamento de 20 (vinte) dias-multa, estes fixados em 1/30 do salário mínimo vigente à época do fato, por infração ao art. 171, § 2º, V, do CP. Em relação aos dois últimos, a pena privativa de liberdade foi substituída por duas restritivas de direito (prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária).

No entanto, restaram absolvidos: a) Antoninho Luiz de Souza pelo crime do art. 171, § 2º, V, do CP, no que tange aos casos Cleonice Nemirski e Ademir Nemirski; b) Dejair Teixeira pelo crime do art. 171, § 2º, V, do CP; c) Nadir Jaime Meitzemann pelo crime do art. 14 da Lei n. 10.826/2003; d) Nadir Jaime Meitzemann e Moisés Rodrigues da Silva pelo crime do art. 12 da Lei n. 10826/2003.

Irresignado com o teor da prestação jurisdicional entregue, o Ministério Público interpõe apelação, mediante a qual postula o aumento das penas aplicadas aos réus Antoninho Luiz de Souza e Moisés Balbinot, a fim de que sejam aproximadas ao máximo legal, bem como a condenação de Nadir Jaime Weitzemann e Moisés Rodrigues da Silva, por incursos nas sanções do art. 12 da Lei n. 10.826/03 (fls. 1.127-1.132).

Por sua vez, a defesa também apela e, preliminarmente, argui: a) a inépcia da denúncia, por não haver a peça inicial delimitado a conduta de cada um dos acusados, desatendendo, assim, o que preconizam os arts. 41 do CPP e 29 do CP; b) a nulidade do caderno indiciário, porque a investigação restou realizada pelo Ministério Público, comprometendo sua imparcialidade; c) a nulidade das degravações telefônicas, porque não acompanhada de "Laudo de Constatação de Vozes", bem como porque não assinadas por peritos oficiais, afrontando o art. 6º da Lei n. 9.296/1996.

No mérito, buscam a absolvição, alegando insuficiência de provas capazes de sustentar o decreto condenatório. Subsidiariamente, requerem a redução da pena aplicada para o seu mínimo legal, bem como o afastamento

da agravante prevista no art. 62, I e IV, do CP. Por fim, caso seja mantida a pena aplicada na sentença, pleiteia o reconhecimento da continuidade delitiva (fls. 1.167-1.215).

Contra-arrazoados os recursos (fls. 1.158-1.159 por Moisés Rodrigues da Silva e Nadir; fls. 1.161-1.166 por Antoninho e Moisés Balbinot; e fls. 1.216-1.225 pelo Ministério Público), os autos ascenderam a esta Superior Instância, perante a qual a douta Procuradoria-Geral de Justiça, por intermédio do Dr. Jobél Braga de Araújo, manifesta-se pelo parcial provimento do recurso ministerial, tão somente para que seja majorada a pena em relação aos réus Antoninho Luiz de Souza e Moisés Balbinot, e pelo não provimento do recuso defensivo (fls. 1.264-1.276).

VOTO

Os recursos preenchem os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade, motivo pelo qual devem ser conhecidos.

I Recurso da defesa – Antoninho Luiz da Silva e Moisés Balbinot
Preliminares

1 Inépcia da denúncia

Não há se falar em inépcia da inicial por falta de individualização das condutas, haja vista que a aludida peça contém todos os requisitos enumerados no art. 41 do Código de Processo Penal, mormente, porque a narrativa descreve os fatos com todas as suas circunstâncias, e, portanto, permite aos réus o exercício da mais ampla defesa.

Note-se que a exordial acusatória apontou os seus autores (Antoninho Luiz de Souza e Moisés Balbinot como aliciadores que induziram Valmir Albani, Joraci dos Santos Gulin, Cleonice Nemirski da Silveira, Vanderlei da Silveira, Ademir Nemirski e Dejair Teixeira), os meios empregados (pré-contratação de seguros e posterior mutilação de dedos) e o

mal produzido (pagamento de indenizações seguros indevidos, além de conseqüências indiretas), o lugar (região extremo oeste catarinense), e o tempo em que ocorreu a ação (entre os anos 2004 e 2008).

Veja-se, por exemplo, que no primeiro fato narrado, Antoninho propôs a contratação de um seguro de vida para Valmir Albani e depois contactou Moisés Balbinot para ajudar a constrangê-lo a amputar os dedos. Em outra oportunidade, foi narrado que Antoninho Luiz de Souza orientou Moisés Rodrigues a amputar o dedo numa serra circular e que Antoninho receberia entre 20% a 30% de comissão pela indenização paga pelo seguro. A terceira narrativa descreve que Moisés Balbinot contactou Joraci Gulin para iniciar as tratativas de fraude, bem como orientou, via telefone, como proceder à efetiva amputação.

Diante do explanado, a denúncia é apta a produzir os efeitos que se propõe, rechaçando-se, pois, a preliminar.

2 Nulidade da investigação realizada pelo Ministério Público

A defesa argui a ocorrência de nulidade em razão de as provas trazidas com a denúncia terem sido supostamente produzidas, unilateralmente, pelo Ministério Público.

Tal alegação não procede e, em razão da percuciente e judiciosa argumentação do órgão Ministerial acerca do tema, utilizar-se-á como razões de decidir:

"Conforme requisição ministerial de 18 de junho de 2007 (fl. 2) — praticamente um ano antes de ser deflagrada a Operação Cinco Dedos - o Ministério Público requisitou ao Delegado de Polícia a instauração de inquérito policial.

"Tal inquérito foi instaurado no mesmo dia, e autuado à fl. 10v e 11 do Livro 1/1996, com o Registro n. 12R-005/07, ou seja em 2007.

"Com o transcorrer das investigações, três meses depois, em setembro de 2007 o Ministério Público passou a cooperar com a

Autoridade Policial, tanto é que somente nesta data é que requereu judicialmente a quebra de sigilo de dados telefônicos dos primeiros suspeitos (fl. do Processo n. 256.07.000650).

"Não há, como se vê, inquérito presidido pelo Ministério Público ou investigação produzida exclusivamente pelo Ministério Público. Tudo foi feito pelo Delegado de Polícia, com a colaboração eventual do Ministério Público, tanto na inquirição de testemunhas quanto no exame dos complexos dados telefônicos dos envolvidos.

"Mas, ainda que tivesse sido a investigação levada a efeito exclusivamente pelo Ministério Público, nada macularia sua validade.

"É que, como se sabe, se o Ministério Público é o titular da ação penal, cabendo velar pela esmerada aplicação da lei penal, não há – a menos que o objetivo seja encontrar vis subterfúgios para a absolvição – motivos para negar ao próprio Ministério Público a iniciativa de investigações, o que lhe é muito natural.

"A bem da verdade, é preciso que se diga que textos isolados têm se esmerado por tentar emplacar tal entendimento na desesperada intenção de ver-se livre do órgão que, em muitos casos, é o único apto para investigações mais complexas.

"O Poder Judiciário Catarinense, exemplo de retidão e de seriedade, evidentemente não pode se curvar a tais entendimentos, sob pena de fazer levar à sociedade o descrédito e a injustiça. Nestas situações, fatalmente criminosos de maior periculosidade ficariam impunes, porque as investigações mais delicadas não se realizam sem a participação do Ministério Público.

"Lembre-se também que o poder de investigação é inerente ao poder de ação, já que primeiro diz apenas respeito na possibilidade de coletar provas prévias para o exercício do principal (direito de ação) perante o Estado Juiz.

"Aliás, seria ilógico e incoerente alguém ter o direito de processar mas não ter o direito de apurar se aquilo que está levando ao Poder Judiciário contenha o *fumus boni iuris* para objetivar o início do processo crime (Seria o mesmo que um policial com a função de atirar; mas não ter a possibilidade de carregar sua própria arma). Nesta oportunidade (momento da propositura da ação), embora

figure o princípio in *dubio pro societate*, a busca da verdade real não pode se restringir a fase judicial.

"O Ministério Público age na qualidade de parte no processo crime, representando o Estado para levar sua pretensão punitiva em juízo.

"Portanto, não pode ter o "princípio da inércia" durante a fase pré-processual, princípio este somente adstrito ao Poder Judiciário para preservar a imparcialidade para o julgamento do processo.

"Diga-se, ainda, que o inquérito policial é inclusive dispensável (art. 28 do CPP). Caso o Ministério Público tenha de outra maneira elementos para formar a *opinio delicti*, independentemente da existência de inquérito policial, poderá oferecer denúncia, dispensando procedimento investigatório policial.

"[...]

"O Ministério Público não deseja o monopólio das investigações. Pretende apenas exercer com mais eficiência (princípio constitucional estampado no artigo 37, da CF) e responsabilidade o seu direito de ação (complexidade das investigações, morosidade das investigações pela polícia, suspeita de corrupção de policiais, etc.). Em outras palavras, a intenção não é subtrair da Polícia a função de investigar, mas sim de somar forças, sobretudo nos casos de maior complexidade" (fls. 1.217-1.219).

A propósito, este também é entendimento pacífico do Superior Tribunal de Justiça:

"[...] Se a Constituição Federal, art. 129, I, diz competir, privativamente, ao Ministério Público promover a ação penal pública, não haveria de se considerá-lo impedido de, no uso de suas faculdades legais, acompanhar os atos de investigação ou até mesmo de levá-los a efeito visando à futura acusação. Por outro lado, é cediço que o inquérito não é imprescindível para o oferecimento da denúncia, se o órgão ministerial dispuser de outras informações, representações ou qualquer outro elemento probatório que evidenciem a prática do ilícito penal para promover a ação penal" (RHC n. 17026/MG, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, Quinta Turma, j. em 13-9-2005, DJ 3-10-2005 p. 286).

Logo, afastada a proemial.

3 – Ausência de perícia de constatação de vozes

No que toca à alegação de suposta nulidade da prova colhida mediante a interceptação telefônica, melhor sorte não socorre aos apelantes.

Ao contrário do sustentado pela defesa, é prescindível a realização de exames suplementares das informações coletadas, a exemplo da identificação das vozes dos interlocutores.

Conforme iterativo entendimento pretoriano, a Lei n. 9.296/1996 não obriga a realização de perícia, bastando a apresentação dos dados e a transcrição das conversas interceptadas (STJ: *Habeas Corpus* n. 15820/DF, rel. Min. Félix Fischer, j. em 6-11-2001; TJSC: Apelação Criminal n. 2007.006451-7, de Mafra, rel. Des. Jorge Mussi, j. em 3-7-2007; TJSC: Apelação Criminal n. 2007.031132-0, de Indaial, rel. Des. Irineu João da Silva, j. em 4-9-2007).

Ademais, "a Lei n. 9.296/96 reputa necessárias, tão-somente, as escutas telefônicas, autorizadas pelo juiz, e as transcrições de seu conteúdo, sendo prescindível a identificação das vozes, mormente porque o valor probante das gravações será analisado em conjunto com as demais provas" (Apelação Criminal n. 2007.008257-7, de Araranguá, rel. Des. Amaral e Silva, j. em 10/4/2007).

Do mesmo modo, consignou a Magistrada que "o fato de as conversas não terem sido transcritas por peritos oficiais (constam dos autos apenas trechos das conversas, transcritos pelo próprio Parquet e por sua assessoria) não impedem a prolação de sentença – ou mesmo a expedição de decreto condenatório – sendo cediço que 'a Lei n. 9.296/96 não exige a nomeação de perito, muito menos oficial, para a gravação das conversas telefônicas'" (Apelação Criminal n. 2006.037052-7, de Criciúma, rel. Des. Irineu João da Silva, j. em 5-6-2008).

Na espécie, como se verá, a coincidência mantida entre os fatos comprovados pelos demais elementos probatórios e as atividades descritas nas conversações telefônicas permite que se identifique perfeitamente os seus interlocutores.

Mérito

Fato 1 – Crime de estelionato (fraude contra seguro) praticado por Antoninho Luiz de Souza, Moisés Balbinot e Valmir Albani

De início, cumpre ressaltar que o delito capitulado na denúncia – extorsão – a Moisés Balbinot e Antoninho Luiz de Souza foi, no curso da instrução, desclassificado para o crime de estelionato mediante fraude à seguradora, e, em relação a Valmir Albani, o processo foi cindido, na ocasião da sentença.

O pleito que visa à absolvição não procede.

A materialidade delitiva está estampada no contrato de seguro que foi efetuado em março de 2006 e mediante a foto de fl. 197 que demonstra a amputação, esta que ocorreu em agosto de 2006 (fls. 198-207 dos Autos n 256.07.000650-8). Há, inclusive, cópia da inicial da ação de cobrança contra a Companhia de Seguros Aliança do Brasil aforada por Valmir Albani (fls. 193-196 dos Autos n. 256.07.000453-0).

Acerca da autoria, a defesa sustenta que inexistente prova da relação entre os co-acusados, motivo pelo qual está descaracterizada a fraude contra a seguradora, o que gera, por conseguinte, a absolvição.

No entanto, o conluio entre os acusados avulta dos autos e pode ser constatado mediante o depoimento prestado por Valmir Albani perante a autoridade policial, momento em que, na tentativa de se esquivar da sua responsabilidade penal, pois contra si pendia mandado de prisão preventiva, disse ter sido extorquido por Antoninho e Moisés para contratar o seguro

e automutilar-se, visando à indenização, que serviria como pagamento de uma dívida havida com Antoninho (fl. 576).

Acrescentou que foi "*procurado por Antoninho, que é conhecido no meio político, na cidade de Sul Brasil, ocasião na qual Antoninho propôs ao interrogando a elaboração de seguro de vida, onde o interrogando deveria sofrer um acidente para receber indenização; Que, em outra oportunidade o interrogando foi procurado por Moisés Balbinot [...], que Moisés Balbinot afirmou que já tinha feito o esquema com o seguro, e que havia recebido todo o valor da indenização, que a seguradora não havia contestado, e que isso também ocorreria com o interrogando desde que seguisse as orientações de Moisés e Antoninho*". Afirmou, na sequência, que realizou o seguro e que o pagamento dos boletos eram feitos por Antoninho e Moisés Balbinot (fl. 576).

Relatou, ademais, como procedeu para amputar os dedos das mãos – que ligou o motor do seu veículo e colocou a mão na ventoinha do radiador – e que tudo foi realizado com a orientação dos apelantes Antoninho e Moisés Balbinot (fl. 576).

Veja-se, pois, que o acusado, ainda na fase do inquérito policial, confessa a autoria delitiva e descreve com precisão como se deu o fato delituoso.

Muito embora Valmir Albani tenha mudado a sua versão quando ouvido em juízo, afirmando que não tinha contatos imediatos e constantes com os outros co-réus (fls. 882-883), as demais provas coligidas são bastantes em si para manter o decreto condenatório, a exemplo do que se pode observar das 661 ligações trocadas entre os réus Antoninho e Valmir Albani, conforme a própria defesa afirma (fl. 1.036).

Nesse caminho, a respeito da confissão extrajudicial, Camargo Aranha bem acentua:

"Com relação à confissão extrajudicial, normalmente de natureza policial, há que se estabelecer um profundo marco divisório: não

servirá como prova justificadora da condenação se atuar como único elemento incriminatório; todavia, poderá alicerçar a procedência da denúncia se encontrar algum apoio nos elementos probatórios restantes, mesmo que indiciários, ainda quando não confirmada ou retratada em juízo" (Da prova no processo penal. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 87).

De mais a mais, bem ressaltou a insigne Magistrada:

"que durante o período de 12-4-2006 a 1º-6-2007 o réu Antoninho telefonou para o co-réu Valmir Albani 434 vezes, aproximadamente (dados obtidos do CD fornecido pelas empresas de telefonia e transcritos pelo Ministério Público às fls. 38-41, dos Autos n. 256.07.000650-8), e que as ligações se intensificaram exatamente às vésperas da mutilação (que se deu em 28-8-2006) e após a perfeitibilização desta, provavelmente exatamente nos momentos em que a sedizente vítima necessitava de auxílio de "como proceder" para levar a cabo a trama (tudo voltado para o recebimento indevido do valor segurado) (fl).

A defesa alega inexistirem provas da relação próxima entre Moisés e Antoninho, no entanto, o relato das testemunhas Valdelir Luiz de Lima e Hermes Isieb, respectivamente, elide qualquer dúvida acerca do conluio firmado entre os acusados:

"que trabalha com sindicâncias para empresas de seguro há 13 anos e recorda de ter realizado envolvendo alguns dos réus; que nas sindicâncias foi observado que o Réu Moisés Balbinot atuava como mentor das fraudes de seguros e que também havia sido beneficiado por apólices próprias [...]; que as testemunhas/vizinhos disseram que alguém estava orientando as pessoas na contratação de seguros e orientando a fazer o sinistro, ou seja, orientando a simulação de um acidente para recebimento de prêmio; que tais vizinhos foram firmes em declinar o nome de Antoninho Luis de Souza como sendo o 'professor' [...]" (fls. 718-719).

Testemunhas ouvidas na fase investigativa confirmam que os mentores intelectuais das fraudes eram os apelantes: "*Moisés e Antoninho aliciavam pessoas interessadas em obter a indenização; Moisés e Antoninho pagavam as primeiras parcelas do seguro e depois ajudavam as pessoas a se*

auto-mutilarem; normalmente a mutilação é feita com anestesia" (fl. 261, Autos n. 256.07.000650-8).

Assim, comprovadas a materialidade e autoria, bem como o liame subjetivo entre os acusados, a condenação é a medida que impera.

Fato 2 – Crime de estelionato (fraude contra seguro) praticado por Antoninho Luiz de Souza e Moisés Rodrigues da Silva

A materialidade delitiva está estampada no contrato de seguro (fls. 839-840) e mediante o aviso de sinistro que demonstra a amputação dos dedos indicador, médio e anelar, esta que ocorreu 24 de setembro de 2005 (fls. 837-838 dos autos n. 256.07.000650-8). Há, inclusive, extrato da ação de cobrança em face de Bradesco Vida e Previdência S/A aforada pelo acusado (fls. 851-852 dos Autos n. 256.07.000453-0).

A defesa persiste em negar a trama entre os acusados. Ocorre, porém, que farta é a prova no sentido contrário.

Note-se que no auto de exibição e apreensão dos bens e materiais recolhidos na residência de Antoninho Luiz de Souza (fls. 63-64), dentre tantos documentos apreendidos, estava o "*prontuário médico de cirurgia em nome de Moisés Rodrigues da Silva*", bem como a "*cópia da decisão judicial na qual figura como autor Moisés Rodrigues da Silva*", acostados aos autos, respectivamente, às fls. 294-301 e 304-313.

Por sua vez, na apreensão realizada na residência de Moisés Rodrigues da Silva foi encontrada a agenda pessoal em nome de Antoninho Luiz de Souza (fl. 123).

Logo, não há como se negar o estreito vínculo entre os réus.

Numa tentativa frustrada de justificar a ligação entre ambos, Antoninho Luiz de Souza disse que "*a única coisa que o interrogando fez foi indicar um advogado para Moisés Rodrigues*" (fl. 601); todavia, a versão é

desmentida por Moisés que, ao ser interrogado, negou veementemente ter solicitado tal indicação (fl. 617).

Vê-se, pois, diante da narrativa, que ambos visaram à fraude e, portanto, a condenação deve ser mantida.

Fato 3 – Crime de estelionato (fraude contra seguro) praticado por Antoninho Luiz de Souza e Vanderlei da Silveira

A materialidade delitiva está estampada no contrato de seguro que foi efetuado com a Bradesco Seguradora S. A. e pelo prontuário médico de fl. 675 (Autos n. 256.07.000650-8). Nada obstante, a indenização a Vanderlei foi paga no valor de R\$ 100.000,000 da Bradesco Vida e Previdência S/A, conforme o próprio acusado afirmou quando interrogado em juízo (fl. 612).

No prontuário médico de fls. 675 (Autos n. 256.07.000650-8) consta que, na ocasião do acidente com Vanderlei da Silveira, ele e sua esposa solicitaram ao médico para que amputasse os dedos, mesmo sabendo que havia a possibilidade de salvar os tendões e ligamentos. Extrai-se de tal documento que o paciente implora para que o médico proceda à amputação, veja-se:

"Paciente bem; pouca dor; boa perfusão dos dedos; diz que gostaria de amputar todos os dedos.

"Paciente bem. Curativo ok.

"Paciente novamente diz que gostaria de amputar os dedos, e sua mulher também quer que ampute.

E as advertências do médico:

"Oriente que foi feito curativo para preservá-los; [...] no momento estão bem e no futuro vamos observar quanto de movimento terá, no momento não amputarei" (fl. 675).

Por outro viés, a prova acerca do conluio entre Antoninho e Vanderlei, a fim de cometerem a fraude, também eflui cristalina dos autos,

mormente pelo boleto de pagamento de seguro em nome de Vanderlei da Silveira, endereçado a Antoninho Luis de Souza, na rua Emílio Zandavelli, 117-D, Chapecó/SC, e apreendido na residência do mentor Antoninho Luiz de Souza (fl. 63 e fl. 337), demonstrando assim que, ainda que eventualmente, de fato pagava os seguros daqueles que praticavam as amputações.

Inquirido a respeito, Antoninho entrou em contradição, afirmando, primeiramente, que "*depois do acidente Vanderlei disse que possuía contrato de seguro pessoal; que só soube disso depois do acidente*", no entanto, "*não sabe afirmar porque a apólice de seguro pessoal de Vanderlei da Silveira era encaminhada para o endereço residencial do interrogando em Chapecó/SC*" (fls. 601-602)

Do termo de declaração prestado perante o órgão do Ministério Público, pelo senhor M. G. – advertido das penas cominadas ao falso testemunho e da obrigação legal de falar a verdade e nada omitir –, extrai-se:

"O declarante foi colega de escola de Moisés Balbinot, desde o ginásio; naquela época Moisés era conhecido na escola por ser brigão; depois, quando adulto, tudo o que fazia tinha que comentar nas rodas de bares e na comunidade; numa dessas ocasiões, no Bar do Rebinski, em Sul Brasil, as pessoas presentes ouviram Moisés Balbinot falar sobre a morte de um peão; no momento estavam presentes Albino Rebinski, Vitor Neu e Volnei Albani; segundo o declarante ouviu, Moisés Balbinot teria detalhado a morte de um peão seu, de nome Almeri Pires; Moisés teria dito que havia dado uma paulada na cabeça do peão e depois prendeu o corpo do peão na "tesoura" (instrumento metálico que liga a carroça à junta de bois); depois, teria feito os bois correrem e passarem por cima do peão; comenta-se que a indenização foi paga em favor de Moisés Balbinot, que já havia feito seguro do peão tempos antes; **Antoninho Luiz de Souza, o vereador de Sul Brasil, também é conhecido por andar com pessoas que praticam fraudes em seguros**; na cidade de Sul Brasil a informação já é comentada de boca em boca de forma "desavergonhada"; os colonos na Cooperativa comentam entre si e as pessoas que aguardam atendimento no posto de saúde

também; todos comentam sobre as fraudes em seguros e as amputações, como se já fosse alguma coisa normal na cidade; segundo os comentários que o declarante ouviu, Antoninho Luiz de Souza é o responsável pelas fraudes de boa parte dos amputados de Sul Brasil; **Antoninho é vereador e, nessa condição, participa de uma ou duas sessões da Câmara por semana; no resto, não tem outra profissão, e vive andando para lá e para cá, sem profissão definida;** Antoninho é considerado uma pessoa boa na comunidade; é calmo e tranqüilo, mas anda em más companhias; **Antoninho já foi patrão de Vanderlei da Silveira, mais conhecido como Chupa Cabra; Vanderlei esmagou os dedos numa ceifa de propriedade de Antoninho;** [...]; em Sul Brasil, a pessoa mais rica da cidade deve ser Amauri Meneghetti, proprietário de uma fábrica de móveis que tem mais de 200 empregados; Amauri Meneghetti tem uma casa em Sul Brasil; a casa de Antoninho, deve ser melhor que a de Amauri Meneghetti, e foi construída há aproximadamente dois anos; a casa tem dois andares" (fls. 968-969 – grifou-se).

Corroborar o relatório da sindicância realizada pela seguradora que M. G. relatou, ainda, "*que antes do acidente envolvendo Vanderlei da Silveira, o seu patrão na época (Antoninho de Souza) já vinha anunciando que o Vanderlei iria sofrer um acidente, e não deu outra (enfioi a mão esquerda nas correias da colheitadeira)*" (fl. 655).

O policial militar, Valdelir Luis de Lima, ouvido em juízo, ressaltou:

"que também havia informações de que os mentores intelectuais da fraude eram o vereador Antoninho Luiz de Souza e Moisés Balbinot; [...] que o comentário era que as pessoas eram aliciadas, convencidas a fazer o seguro; que era reunido um grupo, o seguro era feito, as mensalidades eram pagas e após alguns meses ocorria o sinistro; que após o recebimento do prêmio o valor era dividido entre todos os membros do grupo; [...] que o comentário acerca dos seguros (fraudes) era feito por toda a comunidade em botecos, festas de igreja, em todos os lugares, que o assunto parecia piada na comunidade" (fls. 714-715).

Assim, inviável a absolvição.

Fato 4 – Crime de estelionato (fraude contra seguro) praticado por Moisés Balbinot e Joraci dos Santos Gulin

A materialidade delitiva está estampada no contrato de seguro de vida e acidentes pessoais realizado com a Companhia de Seguros Aliança do Brasil, no valor de R\$ 460.000,00, firmado em 18 de julho de 2007. A auto-mutilação ocorreu oito meses depois, em 17 de março de 2008.

Acerca da autoria, a defesa sustenta a ausência de prova da participação de Moisés Balbinot na fraude contra a seguradora.

Das interceptações telefônicas restou clara a ligação entre as pessoas envolvidas. Algumas passagens merecem ser destacadas entre as conversas levadas a efeito entre Joraci dos Santos e Moisés Balbinot.

Da primeira, em 15 de fevereiro de 2008, vale destacar que Joraci pergunta a Moisés o valor a ser eventualmente recebido em caso de amputação dos dedos polegar e indicador, veja-se:

"Joraci: – tipo, **se eu cortar o dedão positivo e o do lado, aquele; quanto dá mais ou menos?**

Moisés – **tem que olhar 'os papel'** [...] se eu fosse tu ligar lá em casa do réu pai a noite e eu estar lá?

Joraci – então tu vai com o teu celular, porque o do pai não tá pegando.

Moisés – então tá beleza" (fl. 87, Autos n. 256.07.000650-8, grifou-se).

As ligações entre ambos se intensificam, mormente no sentido de como proceder nos preparativos para a fraude (dias 18 e 21 de fevereiro de 2008; 3 de março; fls. 87-88, Autos n. 256.07.000650-8).

No dia 11 de março, com os documentos em mãos, novo telefonema é efetuado entre Balbinot e Joraci, o qual tem o aval de seu "professor" para que se auto-mutile:

"Moisés – tô aqui chegando no teu pai agora

Joraci – tu vai olhar os papel?

Moisés – tô, comecei a olhar agora

Joraci – passa pro pai o telefone

"Joraci – quando que chegou os papel aí pai?

Pai de Joraci – peguei lá no correio e Moisés ta olhando agora.

Joraci – manda ele mandar hoje ou amanhã de volta.

Pai de Joraci – é pra ele mandar?

Joraci – **é pra ele mandar assim que puder porque semana que vem eu quero fazer já.**

"Moisés – já olhei tudo; tá tudo certinho; que fiz dois 'xis' no negócio; é isso aí que vai dar mais ou menos.

Joraci – como é que eu faço pra dar entrada nisso aí?

Moisés – depois você vai no banco e se informa bem direitinho; vão no banco, conversa com o gerente, pega toda a papelama e diz como aconteceu [...]

Joraci – eles não vão investigar nada onde aconteceu?

Moisés – não.

Joraci – mas quanto que vai dar?

Moisés – quarenta por cento daquele valor total, entendeu?" (fl. 89, autos n. 256.07.000650-8, grifou-se).

Ainda no dia 11, às 16h49min, Joraci telefona à sua companheira Sandra e relata: "*tô te ligando porque tô com medo daquele bagulho lá; falei com o pai agora e o cara [...] mandaram o papel de volta [...] tô com medo, tá ligado? Nem tô dormindo direito de uns dias pra cá [...]*" (fl. 89, Autos n. 256.07.000650-8).

Então, no dia 17 de março de 2008, Joraci forja um acidente na churrascaria onde trabalha e corta dois dedos, momento em que "Jô" (terceira pessoa) telefona à Sandra relatando o acidente, e Joraci, ao fundo,

exclama: "*eu vou ter que cortar os meus dedos, eu! Porque a churrasqueira não saía; tive que pegar a faca e cortar*" (fl. 90, Autos n. 256.07.000650-8).

Em que pese o réu Joraci dos Santos Gulin ter sido ouvido, apenas, perante a autoridade policial, confirmou:

"após ver o valor das apólices dos seguros [...], começou a pensar sobre como poderia ganhar parte do dinheiro previsto na apólice [...]; Que buscou informações se teria direito ou não à indenização do seguro, previstas na apólice, através da pessoa de Moisés Balbinot, residente no município de Sul Brasil, haja vista que, segundo o interrogando, o mesmo já havia agido de tal forma, fraudando o seguro [...] Moisés pediu 20% do valor que o seguro pagasse, só para examinar e orientar o procedimento para receber o seguro [...]; Que após a análise da documentação, referida pessoa passou a informação de que se o interrogando amputasse dois dedos da mão poderia ganhar 40% do valor previsto nas apólices [...]; que não haviam outros intermediários, no trato do interrogado com Moisés [...] o interrogando afirma que colocou ambos (os dedos) em uma máquina de churrasqueira, existente no seu local de trabalho, sendo que em seguida cortou as pontas de ambos os dedos utilizando-se de uma faca" (fls. 502-503).

Logo, não há como proceder à absolvição.

Demonstradas a materialidade e as autorias do delito, a inexistência de excludentes de ilicitude, bem como a plena capacidade mental dos agentes – pois, com total consciência da ilicitude de suas condutas, atuaram com vontade livre (requisito subjetivo do dolo) e consciente (requisito cognitivo do dolo) de aliciar pessoas com o fito de fraudar e receber indenizações de seguros, quando era perfeitamente exigível conduta diversa, agindo com dolo direto de primeiro grau – é inarredável a responsabilidade criminal dos acusados Moisés Balbinot e Antoninho Luiz de Souza como incursos nas sanções do art. 171, § 2º, V, e art. 62, I e IV, do Código Penal.

Passa-se, portanto, à análise da aplicação da pena cominada aos acusados Moisés Balbinot e Antoninho Luiz de Souza, que também é objeto de recurso do Ministério Público.

II Recurso do Ministério Público

Dosimetria da pena – Antoninho Luiz de Souza

Fato 1 – caso Valmir Albani

Na hipótese, a frieza com que foram cometidos os delitos, por si só, autoriza a majoração da pena-base acima do mínimo legal, mormente, no que tange ao alto grau de culpabilidade, aqui entendida como sinônimo de reprovação social atribuída ao crime e ao seu autor.

A reprovação social merecida ao agente advém da sua posição social no pequeno município de Sul Brasil, no qual ocupava uma das cadeiras da Câmara de Vereadores, que o eleitor a ele confiou e legitimamente o elegeu. Inclusive, é estudante de nível superior, e, portanto, maiores razões tinha para não praticar o crime.

Com efeito, é intensa a culpabilidade do acusado, pois a posição do agente frente ao bem jurídico tutelado (integridade física dos aliciados e ao patrimônio alheio) foi de total menosprezo, uma vez que, além de mentor intelectual, ensinava como proceder à amputação dos dedos (cf. interrogatório de Valmir Albani, fl. 576).

As circunstâncias do crime extrapolam o razoável, pois, reuniam-se numa verdadeira "máfia", para reiteradamente aliciar pessoas de poucas luzes que, ludibriadas pela facilidade de enriquecimento fácil, contratavam seguro e se auto-mutilavam, a fim de fraudar seguradoras e satisfazer a ganância insaciável dos alicientes, visto que ganhavam porcentagens quando as indenizações eram efetivamente pagas.

A sua personalidade já foi considerada desfavorável na sentença.

Os motivos determinantes e as conseqüências diretas – amputação dos dedos – altamente reprováveis do crime, centrados na cupidez sem limites do apelante, foram corretamente excluídos do cálculo em razão de constituírem elementar do tipo.

No entanto, as conseqüências indiretas não podem passar despercebidas, uma vez que a incapacidade gerada pela mutilação é permanente, e reduz capacidade laboral do aliciado. Além disso, contribui para o aumento do drama da reinserção de trabalhadores com a capacidade laboral reduzida – privando a sociedade do potencial econômico que estes indivíduos poderiam desenvolver –, e onera o Estado com o tratamento das vítimas devido às sequelas.

Nada obstante, foram ajuizadas por Valmir Albani ações de cobrança em face de Bradesco Vida e Previdência S.A. (n. 256.07.000452-1, fl. 201) e em face de Companhia de Seguros Aliança do Brasil (n. 256.07.000453-0, fl. 202), movendo toda a estrutura do Poder Judiciário a fim de legitimar a fraude perfectibilizada.

Por fim, a vítima (seguradora) em nada contribuiu para a consecução do delito.

Nesse contexto, *"se a pena mínima existe para ser usada aos primários, de bons antecedentes, sem qualquer especial circunstância que agrave a reprimenda, é natural que a pena máxima deva ser utilizada quando o caso o recomende"*, pois, *"se não fosse assim, seria inútil individualizar a reprimenda, já que a pena máxima nunca seria aplicada"* (TJSP, Revisão Criminal n. 282.549-3/4, rel. Des. Jarbas Mazzolini, j. em. 11-12-2000).

Acerca do tema, pontifica o jurista Damásio de Jesus:

"A imposição da pena está condicionada à culpabilidade do sujeito. Na fixação da sanção penal, sua qualidade e quantidade estão presas ao grau de censurabilidade da conduta (culpabilidade). [...]", lembrando que "o caput diz que compete ao juiz, na fixação da

pena, atender às circunstâncias judiciais, 'conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime'. Assim, impõe-se que a pena seja 'necessária' para atender ao grau de reprovação da conduta. E ela deve ser 'suficiente' para prevenir o crime (prevenção genérica e específica)" (Código Penal Anotado, 10 ed., Saraiva: São Paulo, p. 197-198).

Este Tribunal já proclamou:

"A nenhum acusado é conferido o direito subjetivo à estipulação da pena-base em seu grau mínimo, podendo o magistrado, diante das diretrizes do art. 59, *caput*, do CP, aumentá-la para alcançar os objetivos da sanção (prevenir e reprimir o crime)" (Revisão Criminal n. 2000.009720-9, de Xaxim, rel. Des. Solon d'Eça Neves, j. em 29-11-2000).

Assim, considerando que as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal – a culpabilidade, a personalidade, as circunstâncias, as consequências indiretas e o comportamento da vítima – são desfavoráveis ao acusado, e, em especial o alto grau de culpabilidade, fixo a pena-base em 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 139 (cento e trinta e nove) dias-multa, no piso legal.

Na segunda fase, presentes as agravantes dos incisos I e IV do art. 62 do Código Penal – que devem ser mantidas pois os apelantes dirigiam as atividades dos demais agentes, mediante promessa de recompensa –, o Magistrado elevou a pena em 8 (oito) meses, ficando estabelecida em 3 (três) anos e 2 (dois) meses em virtude da inexistência de causas de aumento ou de diminuição, e 139 (cento e trinta e nove) dias-multa, no piso legal.

Fato 2 – caso Moisés Rodrigues da Silva

Na hipótese, a frieza com que foram cometidos os delitos, por si só, autoriza a majoração da pena-base acima do mínimo legal, mormente, no que tange ao alto grau da sua culpabilidade, aqui entendida como sinônimo de reprovação social atribuída ao crime e ao seu autor.

A reprovação social merecida ao agente advém da sua posição social no pequeno município de Sul Brasil, no qual ocupa uma das cadeiras da Câmara de Vereadores, que o eleitor a ele confiou e legitimamente o elegeu. Inclusive, é estudante de nível superior, e, portanto, maiores razões tinha para não praticar o crime.

De fato, é intensa a culpabilidade do acusado, pois a posição do agente frente ao bem jurídico tutelado (integridade física dos aliciados e ao patrimônio alheio) foi de total menosprezo, uma vez que, além de mentor, ensinava como proceder à amputação dos dedos.

A sua personalidade já foi considerada desfavorável na sentença.

As circunstâncias extrapolam o razoável, pois, reuniam-se numa verdadeira "máfia", para reiteradamente aliciar pessoas de parcas luzes que, ludibriadas pela facilidade de enriquecimento fácil, contratavam seguro e se auto-mutilavam, a fim de fraudar seguradoras e satisfazer a ganância insaciável dos aliciadores, visto que ganhavam porcentagens quando as indenizações eram efetivamente pagas.

Os motivos determinantes altamente reprováveis do crime, centrados na cupidez sem limites do apelante, foram corretamente excluídos do cálculo em razão de constituírem elementar do tipo.

As consequências diretas sobrelevaram-se, uma vez que a seguradora vítima chegou a efetuar o pagamento de parte da indenização, o que resultou em considerável prejuízo.

Ademais, as consequências indiretas não podem passar despercebidas, uma vez que a incapacidade gerada pela mutilação é permanente, e reduz capacidade laboral do aliciado, que contava com 20 anos de idade ao tempo do episódio (fl. 291). Além disso, contribui para o aumento do drama da reinserção de trabalhadores com a capacidade laboral reduzida – privando a sociedade do potencial econômico que estes indivíduos

poderiam desenvolver –, e onera o Estado com o tratamento das vítimas devido às sequelas.

Nada obstante, Moisés Rodrigues da Silva aforou ação de cobrança em face de Bradesco Vida e Previdência S. A. (n. 256.06.000496-0, fls. 2.308-2.313) – pedido que foi julgado procedente –, movendo toda a estrutura do Poder Judiciário a fim de legitimar a fraude perfectibilizada.

Por fim, a vítima (seguradora) em nada contribuiu para a consecução do delito.

Assim, considerando que as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal – a culpabilidade, a personalidade, as circunstâncias, as consequências e o comportamento da vítima – são desfavoráveis ao acusado, e, em especial o alto grau de culpabilidade, fixo a pena-base em 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão, e 153 (cento e cinquenta e três) dias-multa, no mínimo legal.

Na segunda fase, presentes as agravantes dos incisos I e IV do art. 62 do Código Penal, o Magistrado elevou a pena em 8 (oito) meses, ficando estabelecida em 3 (três) anos e 4 (quatro) meses em virtude da inexistência de causas de aumento ou de diminuição, e 153 (cento e cinquenta e três) dias-multa, no mínimo legal.

Fato 3 – Vanderlei da Silveira

Na hipótese, a frieza com que foram cometidos os delitos, por si só, autoriza a majoração da pena-base acima do mínimo legal, mormente, no que tange ao alto grau da sua culpabilidade, aqui entendida como sinônimo de reprovação social atribuída ao crime e ao seu autor.

A reprovação social merecida ao agente advém da sua posição social no pequeno município de Sul Brasil, no qual ocupa uma das cadeiras da Câmara de Vereadores, que o eleitor a ele confiou e legitimamente o elegeu.

Inclusive, é estudante de nível superior, e, portanto, maiores razões tinha para não praticar o crime.

De fato, é intensa a culpabilidade do acusado, pois a posição do agente frente ao bem jurídico tutelado (integridade física dos aliciados e ao patrimônio alheio) foi de total menosprezo, uma vez que, além de mentor, ensinava como proceder à amputação dos dedos.

As circunstâncias extrapolam o razoável, pois, reuniam-se numa verdadeira "máfia", para reiteradamente aliciar pessoas de parcas luzes que, ludibriadas pela facilidade de enriquecimento fácil, contratavam seguro e se auto-mutilavam, a fim de fraudar seguradoras e satisfazer a ganância insaciável dos aliciadores, visto que ganhavam porcentagens quando as indenizações eram efetivamente pagas.

A sua personalidade já foi considerada desfavorável na sentença.

Os motivos determinantes altamente reprováveis do crime, centrados na cupidez sem limites do apelante, foram corretamente excluídos do cálculo em razão de constituírem elementar do tipo.

As consequências diretas sobrelevaram-se, uma vez que a seguradora vítima chegou a efetuar o pagamento de parte da indenização, o que resultou em considerável prejuízo.

Além do mais, as consequências indiretas devem ser consideradas, uma vez que a incapacidade gerada pela mutilação é permanente, e reduz capacidade laboral do aliciado – na espécie, embora os tendões tenham sido religados, a suposta vítima perdeu o movimento dos dedos atingidos (indicador, médio, anelar e mínimo). Além disso, contribui para o aumento do drama da reinserção de trabalhadores com a capacidade laboral reduzida – privando a sociedade do potencial econômico que estes indivíduos poderiam desenvolver –, e onera o Estado com o tratamento das vítimas devido às sequelas.

Por fim, a vítima em nada contribuiu para a consecução do delito.

Assim, considerando que as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal – a culpabilidade, a personalidade, as circunstâncias, as consequências e o comportamento da vítima – são desfavoráveis ao acusado, em especial o alto grau de culpabilidade, fixo a pena-base em 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão, e 153 (cento e cinquenta e três) dias-multa, no mínimo legal.

Na segunda fase, presentes as agravantes dos incisos I e IV do art. 62 do Código Penal, o Magistrado elevou a pena em 8 (oito) meses, ficando estabelecida em 3 (três) anos e 4 (quatro) meses em virtude da inexistência de causas de aumento ou de diminuição, e 153 (cento e cinquenta e três) dias-multa, no mínimo legal.

Do concurso material

In casu, muito embora os crimes tenham sido praticados nas mesmas condições lugar e modo de execução (pressupostos objetivos), não há que se falar em continuidade delitiva, haja vista a existência de desígnios autônomos para cada crime perpetrado (pressuposto subjetivo). Nada obstante, nem sequer o lapso temporal transcorrido entre as condutas viabiliza o reconhecimento da continuidade delitiva.

Não há como se reconhecer a ocorrência de um único crime continuado ao invés inúmeros crimes em concurso material, uma vez que ausente entre cada uma das condutas dos agentes a unidade de desígnios, indispensável para a caracterização do crime continuado.

Ademais, não se pode olvidar que, após alguma controvérsia, a orientação de nossos Tribunais, especialmente do Superior Tribunal de Justiça, fixou-se no sentido de que o nosso Código Penal, mesmo depois da reforma da Parte Geral de 1984, exige no seu art. 71, para a configuração do crime continuado, não só requisitos de ordem puramente objetiva (condições de

tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes), mas também o requisito subjetivo do dolo geral ou unidade de desígnios, representado pelo envolvimento entrelaçado dos atos delituosos.

Sobre o tema, já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça no sentido de que:

"Para a caracterização do crime continuado, a autorizar a unificação de penas, não basta a semelhança de tempo, lugar e modo de execução dos fatos delituosos, há necessidade de comprovação da unidade de desígnios a entrelaçar os atos criminosos praticados pelo agente" (REsp. n. 43.832/SP, rel. Min. Flaquer Scartezzini, DJU 4-8-97, p. 34.792).

Mais:

"Para que os crimes subseqüentes possam ser havidos como continuação do primeiro não basta a homogeneidade das condutas típicas no que diz com as condições de tempo, lugar e maneira de execução. Impende considerar o elemento subjetivo do agente. Se os delitos resultam de deliberações autônomas não se pode afirmar existente o nexo da continuidade. Recurso conhecido e provido" (REsp. n. 1.051/SP, rel. Min. Costa Leite, DJU de 26-11-90 e RT 666/367).

Logo, por configurar hipótese de concurso material, a pena definitiva fica estabelecida em 9 (nove) anos e 10 (dez) meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicialmente fechado, e 455 (quatrocentos e cinquenta e cinco) dias-multa, no valor de um trigésimo do salário mínimo vigente à época dos fatos.

Dosimetria da pena – Moisés Balbinot

Fato 1 – caso Valmir Albani

Na hipótese, a frieza com que foram cometidos os delitos, por si só, autoriza a majoração da pena-base acima do mínimo legal, mormente, no que tange ao alto grau da sua culpabilidade, aqui entendida como sinônimo de reprovação social atribuída ao crime e ao seu autor.

De fato, é intensa a culpabilidade do acusado, pois a posição do agente frente ao bem jurídico tutelado (integridade física dos aliciados e ao patrimônio alheio) foi de total menosprezo, uma vez que, além de mentor intelectual, ensinava como proceder à amputação dos dedos (interrogatório de Valmir Albani, fl. 576).

Além de ter antecedente criminal (013.90.000046-8 – lesão corporal), possui uma extensa ficha criminal que serve para configurar a sua conduta social totalmente reprovável: 013.99.000386-0, moeda falsa; 013.01.000218-1, lesões corporais; 012.06.001336-5, ameaça; 013.07.001139, injúria e vias de fato (fl. 863, Autos n. 256.07.000650-8).

Acerca da sua personalidade, há relatos testemunhais de que se trata de uma pessoa violenta e vingativa, tanto que algumas pessoas recusaram-se a prestar informações detalhadas a respeito dos acontecimentos (Moisés Rodrigues e Severino Albani, cf. fl. 969).

Pinça-se do termo de declaração prestado pelo cidadão M.G. que:

"segundo o declarante ouviu, Moisés Balbinot teria detalhado a morte de um peão seu, de nome Almeri Pires; Moisés teria dito que havia dado uma paulada na cabeça do peão e depois prendeu o corpo do peão na "tesoura" (instrumento metálico que liga a carroça à junta de bois); depois, teria feito os bois correrem e passarem por cima do peão; comenta-se que a indenização foi paga em favor de Moisés Balbinot, que já havia feito seguro do peão tempos antes" (fls. 968/969).

Com tais condutas, Moisés Balbinot já foi beneficiado com a indenização de cinco seguros. Aliás, amputou os cinco dedos do próprio pé e teve duas casas queimadas para a obtenção de indenizações de seguros (fls. 134-143, Autos n. 256.07.000650-8).

Os motivos determinantes e as consequências diretas – amputação dos dedos – altamente reprováveis do crime, centrados na cupidez sem

limites do apelante, foram corretamente excluídos do cálculo em razão de constituírem elementar do tipo.

No entanto, as consequências indiretas não podem passar despercebidas, uma vez que a incapacidade gerada pela mutilação é permanente, e reduz capacidade laboral do aliciado. Além disso, contribui para o aumento do drama da reinserção de trabalhadores com a capacidade laboral reduzida – privando a sociedade do potencial econômico que estes indivíduos poderiam desenvolver –, e onera o Estado com o tratamento das vítimas devido às sequelas.

As circunstâncias extrapolam o razoável, pois, reuniam-se numa verdadeira "máfia", para reiteradamente aliciar pessoas de parcas luzes que, ludibriadas pela facilidade de enriquecimento fácil, contratavam seguro e se auto-mutilavam, a fim de fraudar seguradoras e satisfazer a ganância insaciável dos aliciadores, visto que ganhavam porcentagens quando as indenizações eram efetivamente pagas.

Por fim, a vítima (seguradora) em nada contribuiu para a consecução do delito.

Assim, considerando que as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal – a culpabilidade, antecedentes, a conduta social, a personalidade, as circunstâncias, as consequências indiretas e o comportamento da vítima – são desfavoráveis ao acusado, em especial o alto grau de culpabilidade, fixo a pena-base em 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 314 (trezentos e quatorze das-multa), no piso legal.

Na segunda fase, presentes as agravantes dos incisos I e IV do art. 62 do Código Penal, o Magistrado elevou a pena em 8 (oito) meses, ficando estabelecida em 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses em virtude da inexistência de causas de aumento ou de diminuição, 314 (trezentos e quatorze das-multa), no valor unitário do mínimo legal.

Fato 4 – caso Joraci dos Santos Gulin

Na hipótese, a frieza com que foram cometidos os delitos, por si só, autoriza a majoração da pena-base acima do mínimo legal, mormente, no que tange ao alto grau da sua culpabilidade, aqui entendida como sinônimo de reprovação social atribuída ao crime e ao seu autor.

Com efeito, é intensa a culpabilidade do acusado, pois a posição do agente frente ao bem jurídico tutelado (integridade física e patrimônio alheio) foi de total menosprezo, uma vez que, além de mentor, ensinava como proceder à amputação dos dedos (interrogatório de Valmir Albani à fl. 576; interceptações telefônicas às fls. 87-90 dos Autos n. 256.07.000650-8).

Nada obstante, as interceptações telefônicas realizadas no curso da investigação deixaram claro que o réu, por ter ciência da ilicitude, bem como da probabilidade das interceptações, sempre que possível utilizava telefones públicos e, ademais, combinou com Joraci dos Santos Gulin que conversariam utilizando o telefone da companheira de Joraci – Sandra.

Além de ter antecedente criminal (013.90.000046-8 – lesão corporal), possui uma extensa ficha criminal que serve para configurar a sua conduta social totalmente reprovável: 013.99.000386-0, moeda falsa; 013.01.000218-1, lesões corporais; 012.06.001336-5, ameaça; 013.07.001139, injúria e vias de fato (fl. 863, autos n. 256.07.000650-8).

Acerca da sua personalidade, há relatos testemunhais de que se trata de uma pessoa violenta e vingativa, tanto que algumas pessoas recusaram-se a prestar informações detalhadas a respeito dos acontecimentos (Moisés Rodrigues e Severino Albani, cf. fl. 969).

Pinça-se do termo de declaração prestado pela testemunha M.G. que:

"segundo o declarante ouviu, Moisés Balbinot teria detalhado a morte de um peão seu, de nome Almeri Pires; Moisés teria dito que havia dado uma paulada na cabeça do peão e depois prendeu o corpo do peão na "tesoura" (instrumento metálico que liga a carroça à junta de bois); depois, teria feito os bois correrem e passarem por cima do peão; comenta-se que a indenização foi paga em favor de Moisés Balbinot, que já havia feito seguro do peão tempos antes" (fls. 968-969).

Com tais condutas, Moisés Balbinot já foi beneficiado com a indenização de cinco seguros. Aliás, amputou os cinco dedos do próprio pé e teve duas casas queimadas para a obtenção de indenizações de seguros (fls. 134-143, Autos n. 256.07.000650-8).

As circunstâncias extrapolam o razoável, pois, reuniam-se numa verdadeira "máfia", para reiteradamente aliciar pessoas de poucas luzes que, ludibriadas pela facilidade de enriquecimento fácil, contratavam seguro e se auto-mutilavam, a fim de fraudar seguradoras e satisfazer a ganância insaciável dos aliciadores, visto que ganhavam porcentagens quando as indenizações eram efetivamente pagas.

Os motivos determinantes e as consequências diretas – amputação dos dedos – altamente reprováveis do crime, centrados na cupidez sem limites do apelante, foram corretamente excluídos do cálculo em razão de constituírem elementar do tipo.

No entanto, as consequências indiretas não podem passar despercebidas, uma vez que a incapacidade gerada pela mutilação é permanente, e reduz capacidade laboral do aliciado. Além disso, contribui para o aumento do drama da reinserção de trabalhadores com a capacidade laboral reduzida – privando a sociedade do potencial econômico que estes indivíduos poderiam desenvolver –, e onera o Estado com o tratamento das vítimas devido às sequelas.

Por fim, a vítima (seguradora) em nada contribuiu para a consecução do delito.

Assim, considerando que as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal – a culpabilidade, antecedentes, a conduta social, a personalidade, as circunstâncias, as consequências indiretas e o comportamento da vítima – são desfavoráveis ao acusado, em especial o alto grau de culpabilidade, fixo a pena-base em 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão, e 314 (trezentos e quatorze das-multa), no piso legal.

Na segunda fase, presentes as agravantes dos incisos I e IV do art. 62 do Código Penal, o Magistrado elevou a pena em 8 (oito) meses, ficando estabelecida em 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses em virtude da inexistência de causas de aumento ou de diminuição, e 314 (trezentos e quatorze das-multa), no valor unitário mínimo legal.

Por ser caso de concurso material, conforme explanação supra, a pena definitiva resta estabelecida em 8 (oito) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicialmente fechado, e 628 (seiscentos e vinte e oito) dias-multa, no valor de um trigésimo do salário mínimo vigente à época dos fatos.

Portanto, diante das considerações já tecidas, os acusados necessitam de pronta ação do Estado, especialmente se considerado o fato de terem sido os protagonistas de um dos mais assombrosos acontecimentos já assistidos no Estado de Santa Catarina, desafiando a credibilidade dos órgãos Estatais, disseminando, inclusive, instabilidade e insegurança na região do extremo-oeste catarinense (fls. 966-968 – edições do Jornal Diário Catarinense). Por tal motivo, recomenda-se punição exemplar a esse caso, inclusive como forma de coibir infrações do mesmo gênero, que são constantemente noticiadas na imprensa brasileira.

Da posse ilegal de munição de arma de fogo

Por fim, postula o órgão Ministerial a condenação de Nadir Jaime Weitzemann e Moisés Rodrigues da Silva, como incurso nas sanções do art. 12 da Lei n. 10.826/03.

No entanto, o reconhecimento da *abolitio criminis* indireta em relação ao fato de possuir ilegal munições e/ou armas é a medida imperativa.

Deve-se analisar no caso dos autos à luz dos regramentos transitórios insculpidos nos arts. 30 e 32 da Lei n. 10.826/03.

Referidos dispositivos conferem prazo para que o possuidor da arma de fogo solicite o seu registro, apresentando a nota fiscal de compra ou a comprovação da origem lícita da posse, pelos meios de prova em direito admitidos, ou a entrega à Polícia Federal, mediante recibo e indenização.

Com efeito, o Estatuto do Desarmamento, ao incentivar a entrega e determinar o registro das armas, acabou por descriminalizar, conquanto por tempo certo e determinado, a conduta prevista no seu art. 12, prevendo (a) que os possuidores ou proprietários poderão solicitar o registro das armas não registradas, mas adquiridas lícitamente (art. 30); e (b) que os proprietários ou possuidores poderão entregar as armas não registradas, não importando se adquiridas ilicitamente (art. 32).

Segundo a redação originária da Lei n. 10.826/03, a pessoa que tivesse arma de fogo em casa ou em seu local de trabalho poderia adequar-se aos novos regramentos estabelecidos, que são ainda mais gravosos do que aqueles previstos na Lei n. 9.437/97, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, contados da sua publicação.

A partir daí, presenciou-se uma sucessão de modificações legislativas que, com o intuito de tornar possível aos possuidores o efetivo conhecimento das novas disposições, estenderam o permissivo legal.

O termo inicial foi modificado pela Medida Provisória n. 174/04, posteriormente convertida na Lei n. 10.884/04, passando a reger-se pela

data de publicação do respectivo decreto que regulamentou o procedimento de entrega (Instrução Normativa n. 001-DG/DPF/2004).

Posteriormente, o termo final foi postergado para os dias (a) 23 de junho de 2005 (Medida Provisória n. 229/04, convertida na Lei n. 11.118/05); (b) 23 de outubro de 2005 (Medida Provisória n. 253/05, convertida na Lei n. 11.191/05); e (c) 31 de dezembro de 2008 (Medida Provisória n. 417/08, convertida na Lei n. 11.706/08).

Inicialmente, menciona-se que este Relator, por entender que a *vacatio legis* indireta alcançaria, tão-somente, os fatos ocorridos durante o prazo estipulado, não se estendendo aos implementados em período estranho ao seu interstício, uma vez que se sujeitaria ao regime das leis temporárias, decidia pela impossibilidade de se aplicar retroativamente o benefício trazido pelos arts. 30 a 32 da Lei n. 10826/03.

No entanto, considerando o entendimento prevalecente no Superior Tribunal de Justiça (APn n. 394, rel. Min. José Delgado, j. em 15-3-2006; HC n. 101.008/SP, rela. Mina. Laurita Vaz, j. em 15-4-2008; e AgRg no REsp. n. 1.049.778/SP, rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. em 17-6-2008), que já foi adotado por esta Câmara (AC n. n. 2008.44862-0, de Campo Erê, rel. Des. Torres Marques, j. em 26-8-2008), passa-se a aplicar à espécie o art. 5º, XL, da Constituição Federal, *in verbis*: "a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu".

Desse modo, em razão da benesse prevista nos arts. 30 a 32 do Estatuto do Desarmamento, "*até o dia 31-12-08 [sem prejuízo de novas dilatações], ninguém poderá ser preso ou processado por possuir em casa ou no trabalho arma de fogo não registrada e mesmo aqueles que estão sendo processados ou estão presos por esse crime poderão requerer a extinção da sua punibilidade, em razão da falta de justa causa para o prosseguimento da ação penal*" (D'URSO, Luiz Flávio Borges et al. Descriminalização da posse de

armas de fogo. Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal. v. 1. ago./set. 2008. Porto Alegre. p. 8 a 10).

Com a instituição da *vacatio legis* indireta ocorreu, efetivamente, *abolitio criminis*, ao menos temporária, haja vista que a posse de arma de fogo não mais encontra correspondência em norma penal.

Reprisando o preceito constitucional, o parágrafo único do art. 2º do Código Penal dispõe que "*a lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado*".

Sobre o tema, Fernando Capez assevera:

"[...] Tanto na hipótese da *abolitio criminis* quanto na da alteração *in mellius*, a norma penal retroage e aplica-se imediatamente aos processos em julgamento, aos crimes cuja perseguição ainda não se iniciou e, também, aos casos já encerrados por decisão transitada em julgado" (Curso de direito penal: parte geral. vol. 1. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 55).

Celso Delmanto e outros complementam:

"[...] A redação do parágrafo único deixa incontestável que a retroatividade benéfica não sofre limitação alguma e alcança sua completa extensão, sem dependência do trânsito em julgado da condenação. Basta, apenas, que a lei posterior favoreça o agente de qualquer modo, para retroagir em seu benefício [...]" (Código penal comentado. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 21).

Como consequência, os efeitos da *abolitio criminis* albergam os agentes que praticaram fatos no período estabelecido na Lei n. 10.826/03, com as suas respectivas alterações, e devem retroagir no tempo, alcançando os processos anteriores para beneficiar os réus presos ou condenados sob a égide da Lei n. 9.437/97, que fora expressamente revogada por aquela, extinguindo-lhes a punibilidade (art. 107, III, do Código Penal). Nesse sentido: (APn n. 394, rel. Min. José Delgado, j. em 15-3-2006)".

Do voto do Ministro Felix Fischer, proferido nos autos supramencionados, extrai-se:

"Cumpre destacar que a lei penal mais benéfica possui extra-atividade, que se constitui dos princípios da retroatividade (hipótese dos autos) e da ultra-atividade. Essas duas qualidades são inerentes à *lex mitior*. Além disso, pode-se dizer, ainda, que se trata de uma situação paralela àquela da lei intermediária mais benéfica, dotada, portanto, da qualidade da extra-atividade. Não tem sentido, v.g., uma pessoa ser processada por uma conduta que passou, posteriormente, a ser considerada, ainda que por breve período, atípica ou penalmente indiferente. Dessa forma, por mais que se diga que se trata de um mero 'vácuo legislativo' (com previsão de duração de quase dois anos), permanecendo criminalizada a conduta de posse de arma de fogo, o fato é que esta benesse, suspendendo a incriminação, deve retroagir, alcançando as condutas equivalentes praticadas sob a égide da lei anterior. [...] É de se ressaltar que no período de suspensão previsto na lei nova, a pessoa detida por possuir arma, ainda que não tivesse, confessadamente, a menor intenção de registrá-la, não poderia (repito, naquele período) vir a ser processada. O benefício legal é temporário, todavia, não vinculado. Portanto, retroage".

Na hipótese, como bem entendeu a juíza de primeiro grau, além das armas de fogo, a munição também está amparada pelo instituto despenalizador.

Bem asseverou o ilustre Procurador de Justiça: "*o fato de se tratar de munição sem comprovação da origem ilícita, portanto, insuscetível de regularização, não afasta a incidência da vacatio legis, porquanto 'a Lei n. 10.826/03 não trata apenas da possibilidade de regularização da arma, mas também da sua simples entrega à Polícia Federal' (STJ, HC n. 46.322/SP, rel. Min. Nilson Naves, j. em 26-6-2006)*".

Dessarte, considerando que a posse da munição atribuída aos apelados estendeu-se por período anterior ao termo final – 31 de dezembro de 2008, instituído pela Lei n. 11.706/08 – e, como se viu, inserto na

vacatio legis indireta, mantém-se a absolvição, com fulcro no art. 386, III, do Código de Processo Penal.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso de Antoninho Luiz de Souza e Moisés Balbinot, e dá-se provimento parcial ao recurso do Ministério Público, a fim de se adequar a reprimenda, e fixar o regime inicialmente fechado, mantendo, no entanto, a absolvição em relação ao delito inserto no Estatuto do Desarmamento.

Nos termos do § 2º do art. 201 do Código de Processo Penal, acrescentado pela Lei n. 11.690/08, comuniquem-se os ofendidos acerca do conteúdo do presente acórdão.

DECISÃO

Ante o exposto, decide a Câmara, por unanimidade de votos, não prover o recurso da defesa e prover parcialmente o recurso do Ministério Público, para adequar a reprimenda e fixar como regime inicial de cumprimento de pena para Antoninho Luiz de Souza e Moisés Balbinot o fechado.

O julgamento, realizado no dia 17 de fevereiro de 2009, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Alexandre D'Ivanenko, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Subst. Roberto Lucas Pacheco. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Jobél Braga de Araújo.

Florianópolis, 18 de fevereiro de 2008.

Moacyr de Moraes Lima Filho
RELATOR

Apelação Criminal n. 2008.059997-2, de Chapecó

Relator: Des. Subst. Roberto Lucas Pacheco

PROCESSUAL PENAL. ESTATUTO DO DESARMAMENTO. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. ACUSADO QUE NÃO FOI CIENTIFICADO DA REALIZAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO. SITUAÇÃO AGRAVADA PELA RENÚNCIA DO DEFENSOR CONSTITUÍDO. RÉU NÃO INTIMADO PARA CONSTITUIR NOVO ADVOGADO. PROVIDÊNCIA ADOTADA APENAS QUANDO JÁ ENCERRADA A FASE INSTRUTÓRIA. CERCEAMENTO DE DEFESA. NULIDADE ABSOLUTA RECONHECIDA DE OFÍCIO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2008.059997-2, da comarca de Chapecó (2ª Vara Criminal e Execuções Penais), em que é apelante Cláudio Araújo dos Santos, e apelada A Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Terceira Câmara Criminal, por votação unânime, cassar a sentença e os atos processuais a partir da fl. 42. Custas legais.

RELATÓRIO

Na comarca de Chapecó, o Ministério Público ofereceu denúncia contra Cláudio Araújo dos Santos, imputando-lhe a prática do crime previsto no art. 14 da Lei n. 10.826/03, em razão dos seguintes fatos narrados na inicial acusatória (fls. 2/3):

Segundo consta no caderno informativo que a esta serve de base, na tarde de 10.04.2006, por volta das 15:30 horas, na esquina da Rua São Pedro com a Rua Nereu Ramos, centro, nesta cidade e Comarca de Chapecó/SC, policiais militares em ronda de patrulhamento ostensivo abordaram o motorista e denunciado Cláudio Araújo dos Santos e ao proceder revista pessoal e busca no interior do veí-

culo automotor Fiat Tipo, cor cinza, placa KBV-0524, alcançaram flagrá-lo portando, detendo, mantendo sob guarda, transportando e ocultando, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, o revólver calibre 38, marca Taurus, cano 4", acabamento oxidado, capacidade para 6 cartuchos, série n. JB268801, municiado com 5 cartuchos íntactos, cuja arma de fogo estava entre os bancos dianteiros.

O réu compareceu ao interrogatório acompanhado por defensor constituído (fls. 37-38), o qual foi intimado para apresentar defesa prévia. No entanto, o prazo decorreu *in albis*, seguindo-se a designação de audiência para a inquirição das testemunhas arroladas na denúncia (fl. 42).

À fl. 50 aportou aos autos a renúncia do advogado constituído. Não obstante, determinou-se a intimação da defesa para se manifestar sobre o laudo pericial (fl. 52).

Na audiência designada, ouviu-se uma testemunha arrolada pela acusação e, diante da desistência da inquirição da outra e da ausência de testemunhas de defesa, declarou-se encerrada a instrução. No mesmo ato, porquanto constatada a ausência do réu, e diante da renúncia de seu defensor, o juiz *a quo* determinou a sua intimação para constituir novo advogado (fl. 68). Foi determinada a intimação por carta precatória, tendo esta retornado com a informação de que o réu não fora localizado no endereço informado (fl. 78).

À fl. 80 foi determinada a intimação da defesa para os fins do art. 499 do Código de Processo Penal e, caso nada fosse requerido, a intimação das partes para a apresentação de alegações finais. À fl. 82 nomeou-se defensora dativa ao acusado. Todavia, à fl. 95, após a apresentação de alegações finais pelo Ministério Público (fls. 85-88) e pela defensora nomeada (fls. 90-94), a magistrada de primeiro grau determinou a intimação editalícia do réu para constituir novo advogado, sob pena de manutenção da nomeação anterior. Cumprida a determinação (fl. 96), o réu ficou-se inerte (fl. 98).

Conclusos os autos, sobreveio a sentença de fls. 99-104 na qual a juíza *a quo* julgou procedente o pedido contido na denúncia e condenou o réu à pena privativa de liberdade de 2 anos de reclusão, em regime aberto, e ao pagamento de 10 dias-multa, cada um no valor equivalente a 1/5 do salário mínimo vigente à época dos fatos. Preenchidos os requisitos do art. 44 do Código Penal, a pena privativa de liberdade foi substituída por duas penas restritivas de direito, consistentes na prestação de serviços comunitários e no pagamento de prestação pecuniária no importe de R\$ 600,00, tudo nos termos delimitados na parte dispositiva da sentença.

Irresignado com a sentença, o réu interpôs apelação criminal, objetivando, em síntese, ser absolvido da imputação que lhe é dirigida. Para tanto, asseverou que o laudo pericial deixa dúvida acerca da eficácia da arma para realização de disparos, não havendo, portanto, prova irrefutável da materialidade. Pelos mesmos motivos, invocou o princípio da insignificância, uma vez que a sua conduta não pôs em risco a coletividade. Sucessivamente, e caso mantida a condenação, requereu a minoração do valor do dia-multa bem como da prestação pecuniária, asseverando que não possui condições financeiras de arcar com o pagamento (fls. 115-117).

As contra-razões ao recurso foram apresentadas às fls. 118/122.

Com vista dos autos, a Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela conversão do julgamento em diligência, a fim de ser o réu intimado pessoalmente da sentença prolatada (fl. 131).

VOTO

Os pressupostos de admissibilidade do recurso estão preenchidos, sendo possível conhecer do apelo interposto. Entretanto, deixa-se de analisar o mérito recursal, uma vez que está presente nos autos questão prejudicial ao recurso.

Compulsando os autos, observa-se que o réu, em seu interrogatório, declarou ter advogado constituído na pessoa do Dr. Marcos Oliveira, o qual, na ocasião foi intimado para apresentar defesa prévia (fls. 37-38).

Ocorre que, pelos motivos dispostos no petitório de fls. 50-51, protocolizado em 15.8.2006, o causídico renunciou aos poderes que lhe foram conferidos, solicitando a intimação do acusado para constituir novo procurador.

Ao que parece, tal requerimento foi ignorado pelo juízo *a quo* que, indiferente à renúncia, determinou a intimação da defesa para se manifestar sobre o laudo pericial.

O feito seguiu seu curso, inclusive com a realização da audiência para oitiva das testemunhas arroladas pela acusação – da qual o réu sequer chegou a ser intimado (vide fl. 76) –, ocasião em que o togado de primeiro grau determinou fosse o denunciado instado a constituir novo procurador sob pena de nomeação de defensor dativo, não sem antes declarar encerrada a fase instrutória (fl. 68).

Note-se que entre a renúncia do advogado constituído, com o término da sua vinculação legal em 25-8-2006, após decorrido o prazo do art. 45 do Código de Processo Civil (aplicado subsidiariamente ao caso), e a audiência de instrução (29-5-2007), decorreram cerca de nove meses sem que ao réu fosse dada a oportunidade de constituir um novo patrono. Apenas quando já encerrada a fase instrutória, expediu-se carta precatória de intimação para este fim.

Oportuno ressaltar que a deprecata não alcançou seu intento, porquanto o réu não foi localizado no endereço declinado na exordial acusatória, o que deu azo à nomeação da Dra. Luciana Imbe como defensora dativa (fl. 82).

Em que pese o esforço da juíza singular para salvaguardar o processo de algum vício (fl. 95), é certo que nem mesmo a tentativa de intimação posterior e a nomeação de defensor dativo para apresentação de alegações finais são suficientes para afastar a mácula processual.

O feito padece de nulidade absoluta em razão da inobservância do princípio do devido processo legal e de seus consectários (contraditório e ampla defesa), pois o réu não só deixou de acompanhar a fase instrutória, bem como esteve desguarnecido de defesa técnica durante toda aquela etapa processual.

Antonio Scarance Fernandes, à luz da doutrina de Rogério Greco, ensina:

"consideram-se meios inerentes à ampla defesa: a) ter conhecimento claro da imputação; b) poder apresentar alegações contra a acusação; c) poder acompanhar a prova produzida e fazer contra-prova; d) ter defesa técnica por advogado, cuja função, aliás, agora é essencial à Administração da Justiça (art. 133); e e) poder recorrer da decisão desfavorável". Coloca a defesa no centro do processo penal, afirmando que, para "o desenvolvimento e estrutura do processo penal, a garantia mais importante e ao redor da qual todo o processo gravita é a ampla defesa, com os recursos a ela inerentes, sobre o qual convém insistir e ampliar". Por isso mesmo, define o contraditório "como o meio ou o instrumento técnico para a efetivação da ampla defesa, e consiste praticamente em: poder contrariar a acusação; poder requerer a produção de provas que devem, se pertinentes, obrigatoriamente ser produzidas; acompanhar a produção de provas, fazendo, no caso de testemunhas, as perguntas pertinentes que entender cabíveis; falar sempre depois da acusação; manifestar-se sempre em todos os atos e termos processuais aos quais devem estar presentes; recorrer quando inconformado" (*Processo Penal Constitucional*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 290).

Sobre a ausência do réu durante a instrução processual, convém ressaltar a lição de Guilherme de Souza Nucci, para quem a participação nas audiências e a possibilidade de acompanhar a produção de provas não

é uma obrigação ou dever, mas sim um direito que assiste ao acusado, sendo obrigatória sua intimação para comparecer às audiências (*Código de Processo Penal Comentado*, 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 899).

Na hipótese vertente, a amplitude da defesa não foi assegurada ao réu, dado que a carta precatória expedida com o fim de cientificá-lo sobre a realização da audiência de instrução chegou ao juízo deprecado em data posterior àquela designada para realização do ato (fl. 76).

Mesmo assim, a instrução foi realizada e encerrada, sem a presença do réu ou de procurador constituído ou nomeado.

Não bastasse tal irregularidade, a análise percuciente do caderno processual permite concluir que, além da ausência do réu durante a instrução, este também não contou com a defesa técnica, sendo flagrante o prejuízo a sua defesa.

O princípio da ampla defesa, inserido no texto constitucional como garantia individual, preceitua que "aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes" (CF, art. 5º, LV), dentre os quais insere-se o direito que o acusado tem de se valer do concurso de advogado de sua confiança.

Nesse norte, colhe-se da jurisprudência:

PROCESSUAL PENAL. RENÚNCIA DE DEFENSOR CONSTITUÍDO NO CURSO DA INSTRUÇÃO. AUSÊNCIA DE DEFENSOR ATÉ A FASE DAS ALEGAÇÕES FINAIS. NULIDADE. CRIME DE QUADRILHA. DELÍTO PLURISUBJETIVO. SUPERVENIENTE ABSOLVIÇÃO DEFINITIVA DE UM DOS QUATRO DENUNCIADOS. DESCARACTERIZAÇÃO. TRANCAMENTO PARCIAL DA AÇÃO PENAL. CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS DE OFÍCIO.

Padece de nulidade absoluta o processo penal em que, ocorrendo a renúncia do defensor constituído em pleno curso da instrução,

o acusado fica desguarnecido de qualquer defesa até a fase das alegações finais.

[...] (Ap. Crim. n. 2003.018278-0, de Orleans, rel. Des. Substituto Newton Janke, j. 2-3-2004).

Por todos esses fundamentos, resta evidenciada a ocorrência de nulidade processual de caráter absoluto, fazendo-se mister a cassação da sentença e dos atos processuais a partir da fl. 42, determinando-se a intimação do acusado para que constitua novo procurador que prossiga em sua defesa, abrindo-se a fase instrutória, devendo o réu ser cientificado dos atos a ela inerentes.

Diante do exposto, voto pelo conhecimento do recurso, julgando-se-o prejudicado, no entanto, em face do reconhecimento, de ofício, da nulidade absoluta decorrente do cerceamento de defesa.

DECISÃO

Ante o exposto, nos termos do voto do relator, a Terceira Câmara Criminal, por unanimidade de votos, decidiu, reconhecendo de ofício a nulidade absoluta decorrente do cerceamento de defesa, cassar a sentença e os atos processuais a partir da fl. 42.

O julgamento, realizado no dia 3 de março de 2009, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Torres Marques, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Alexandre d'Ivanenko. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Anselmo Agostinho da Silva.

Florianópolis, 13 de março de 2009.

Roberto Lucas Pacheco
RELATOR

HABEAS CORPUS

***Habeas Corpus* n. 2008.077961-1, de Camboriú**

Relator: Des. Subst. Roberto Lucas Pacheco

HABEAS CORPUS. PACIENTE CONDENADO PELA PRÁTICA DE ROUBO CIRCUNSTANCIADO (CP, ART. 157, § 2.º, I E II).

ERRO QUANTO AO SUJEITO PASSIVO. AUTOR DO DELITO QUE SE IDENTIFICOU COMO SENDO O PACIENTE. FARTA DOCUMENTAÇÃO COMPROVANDO QUE O PACIENTE É PESSOA DIVERSA DAQUELA QUE PRATICOU O DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. CONCESSÃO DA ORDEM PARA EXCLUIR DA AÇÃO PENAL OS ELEMENTOS QUALIFICATIVOS PRÓPRIOS DO PACIENTE.

ALEGADA NULIDADE DA SENTENÇA. EQUÍVOCO NO POLO PASSIVO QUE, TODAVIA, NÃO MACULA O JULGADO. EXEGESE DO ART. 259 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.

O erro na identificação do verdadeiro acusado não é causa de nulidade da sentença, sendo possível a sua retificação, a qualquer tempo, nos termos do art. 259 do Código de Processo Penal.

ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* n. 2008.077961-1, da comarca de Camboriú (2ª Vara), em que é impetrante Renato Costa, e paciente Reinaldo Lincon Graziano:

ACORDAM, em Terceira Câmara Criminal (janeiro), por votação unânime, conceder parcialmente a ordem, confirmando a liminar deferida.

RELATÓRIO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado pelo advogado Renato Costa (OAB/SP n. 251.201) em favor de Reinaldo Lincon Graziano, contra ato do juiz de direito da 2ª Vara da comarca de Camboriú que, nos autos da Ação Penal n. 113.00.000576-4, condenou o paciente ao cumprimento da pena de 5 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, pela prática do crime previsto no art. 157, § 2.º, I e II, do Código Penal.

Segundo o impetrante, a pessoa identificada como autor dos fatos narrados na ação penal anteriormente referida e reconhecida pela vítima como tal, é pessoa distinta da do paciente.

Para tanto, disse que o paciente não apresenta qualquer semelhança com o indivíduo retratado à fl. 276 dos autos principais – verdadeiro autor do crime em questão, já que reconhecido pela vítima. Ressalta que a pessoa identificada no processo como sendo Reinaldo Lincon Graziano e submetida a interrogatório na fase policial, é de cor negra, ao passo que o paciente é branco, apresentando aparência totalmente diversa, conforme demonstram as fotografias juntadas às fls. 28-32 destes autos.

Salientou que nos autos principais não foi realizada a identificação civil da pessoa que se apresentou com o nome do paciente, inexistindo, ainda, a identificação criminal preconizada pela Lei n. 10.054/00. Destacou que a análise comparativa do material grafotécnico colhido às fls. 50-51 dos autos principais com as assinaturas apostas pelo paciente nos documentos cujas cópias se encontram às fls. 25 e 30 destes autos demonstra que são totalmente diferentes, não sendo possível estabelecer um vínculo entre o paciente e o autor do crime.

Prosseguiu asseverando que a inobservância das cautelas necessárias à identificação do agente criminoso induziu a erro não só o juízo, mas também a defesa e o órgão ministerial, que durante toda a instrução tinham como certo que o autor dos fatos era Reinaldo Lincon Graziano, equívoco que culminou na prolação de uma sentença condenatória contra o paciente, posteriormente confirmada em segunda instância.

Diante do erro perpetrado, aduziu que o paciente está sofrendo constrangimento ilegal, dado que foi condenado por um ato que não praticou, vendo-se na iminência de ter sua liberdade de locomoção privada a qualquer instante.

Assim, postulou a concessão da ordem liminarmente para determinar o recolhimento do mandado de prisão expedido em desfavor do paciente e, no mérito, pela concessão definitiva da ordem, a fim de que seja declarada a nulidade da sentença, excluindo-se o nome do paciente do rol de culpados.

A liminar pleiteada foi parcialmente deferida pela decisão de fls. 74-78, suspendendo-se o cumprimento do mandado de prisão.

A seguir, vieram aos autos as informações solicitadas à autoridade apontada como coatora (fls. 84/85).

Com vista dos autos, a Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela concessão parcial da ordem, apenas para revogar o decreto prisional expedido contra o paciente (fls. 88/89).

VOTO

Não se olvide que o manejo do remédio constitucional impõe ao impetrante o ônus de instruir os autos com os elementos de prova das suas alegações, já que a via do *habeas corpus*, por apresentar cognição sumária e não exauriente, impede a dilação probatória.

No casos em estudo, a alegação do impetrante encontra respaldo na farta documentação existente nos autos, não sendo necessária uma incursão mais aprofundada nos elementos de prova para concluir pela relevância e verossimilhança das suas alegações.

Isso porque a análise perfunctória das provas pré-constituídas pelo impetrante revela que o autor do roubo noticiado nos autos da Ação Penal n. 113.00.000576-4 e o paciente são pessoas distintas, mormente quando cotejados o reconhecimento pessoal feito pela vítima (fl. 25 da ação principal), a cópia da fotografia obtida junto ao serviço de informações criminais da Secretaria de Segurança Pública do Estado de São Paulo (fl. 276, também daqueles autos) e os documentos e fotografia juntados às fls. 28-32 deste caderno processual.

O reconhecimento efetuado pela vítima e a foto enviada pela Secretaria de Segurança Pública do estado de São Paulo apontam para um indivíduo de pele negra que, não obstante tenha fornecido os dados pessoais (nome, data de nascimento, filiação) correspondentes à pessoa de Reinaldo Lincon Graziano, não se parece em nada com o verdadeiro Reinaldo, o qual aparece na fotografia de fl. 28 e na cópia dos documentos de fls. 30-32.

Releva anotar, ainda, que o impetrante acostou aos autos diversos documentos (fls. 41-72) que atestam que o verdadeiro Reinaldo Lincon Graziano é pessoa idônea, que preside uma entidade beneficente e atua como pastor evangélico, sendo pouco crível, diante desse perfil, que tenha algum envolvimento com o mundo do crime.

Não bastassem esses elementos, corroboram as alegações do impetrante as assinaturas colhidas para a realização de exame grafotécnico (fls. 50/51 da ação penal) e que foram apostas pelo indivíduo que participou dos fatos narrados na denúncia, quando de seu interrogatório policial. Tais assinaturas não conferem com a assinatura do paciente que consta na sua carteira de identidade (fl. 25).

Dessarte, é evidente o constrangimento ilegal decorrente da situação narrada pelo impetrante, uma vez que o paciente foi processado, julgado e condenado por um delito que não cometeu, fazendo-se mister a concessão da ordem.

A título de ilustração, cabe destacar julgado deste Tribunal que bem se amolda à situação em comento:

*HABEAS CORPUS – AÇÃO PENAL – PACIENTE CONDENADO POR FURTO SIMPLES – ALEGADO ERRO NO PÓLO PASSIVO DA DEMANDA – DOCUMENTOS TRAZIDOS NA INICIAL QUE COMPROVAM O EQUÍVOCO NA IDENTIFICAÇÃO DO VERDADEIRO AUTOR DO DELITO – IRMÃO QUE, FLAGRADO QUANDO DO COMETIMENTO DO ILÍCITO, IDENTIFICOU-SE COMO SENDO O PACIENTE – CONSTRANGIMENTO ILEGAL DEMONSTRADO DE PLANO, SEM NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA OU APROFUNDAMENTO NO EXAME DOS ELEMENTOS COLACIONADOS – CABIMENTO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL ELEITO – RETIFICAÇÃO DOS AUTOS PRINCIPAIS QUE SE FAZ DEVIDO – EXEGESE DO ART. 259 DO CPP – ORDEM CONCEDIDA (*Habeas Corpus* n. 2007.012138-1, de Itajaí, rel. Des. Jorge Mussi, j. 24-4-2007).*

Por outro lado, sem razão o impetrante no que concerne à nulidade da sentença.

O erro na identificação do verdadeiro acusado não é causa de nulidade da sentença, sendo possível a sua retificação, a qualquer tempo, nos termos do art. 259 do Código de Processo Penal, *verbis*:

Art. 259. A impossibilidade de identificação do acusado com o seu verdadeiro nome ou outros qualificativos não retardará a ação penal, quando certa a identidade física. A qualquer tempo, no curso do processo, do julgamento ou da execução da sentença, se for descoberta a sua qualificação, far-se-á a retificação, por termo, nos autos, sem prejuízo da validade dos atos precedentes (sem grifo no original).

Sobre o tema, Guilherme de Souza Nucci ensina que "se a ação penal é sempre movida contra pessoa certa, ainda que duvidosos seus dados de qualificação (nome, filiação, profissão, endereço, etc.), pode-se retificar ou incluir tais elementos, em qualquer momento processual, inclusive se já tiver havido condenação e estiver o feito em plena execução da pena. Por outro lado, é possível que o réu apresente documentos de outra pessoa, passando-se por quem efetivamente não é. Tal conduta não é suficiente para anular a instrução ou condenação, bastando que o juiz, descoberta a verdadeira qualificação, determine a correção nos atos e no distribuidor, comunicando-se o Instituto de Identificação" (*Código de processo penal comentado*. 8. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 558).

Desse posicionamento não diverge a jurisprudência, conforme se colhe do julgado do Superior Tribunal de Justiça a seguir transcrito:

Identificação do réu (erro). Interrogatórios (falta de diligências). Sentença condenatória (desconstituição). Exclusão dos elementos qualificativos do paciente (caso). Vício (correção).

1. Quando o paciente não for o verdadeiro autor do fato criminoso punido com ação penal que deu origem a *habeas corpus*, como no caso, em que falsário se utilizou de documentos para identificar-se civilmente no processo criminal, impõe-se excluir do processo os elementos qualificativos do paciente.

2. Em casos que tais, a melhor das compreensões é a de que não foram realizadas todas as diligências quando dos interrogatórios a que se referem os arts. 187, § 1.º, e 304 do Cód. de Pr. Penal.

3. Descabida, porém, é a nulidade do processo, visto que a identificação física do réu foi realizada corretamente, a ação foi legitimamente instaurada, obedeceu-se ao devido processo legal e às demais previsões legais. O verdadeiro réu, inclusive, cumpriu a pena privativa de liberdade que lhe fora imposta.

4. Ordem concedida parcialmente a fim de serem excluídos da ação penal os elementos qualificativos e próprios do paciente (*HC* n.

55.608/RO, rel. Ministro Nilson Naves, Sexta Turma, julgado em 8-3-2007, DJ 25-6-2007, p. 303)

Quanto à nulidade do feito em razão da inobservância dos procedimentos para a identificação civil e criminal do verdadeiro acusado, trata-se de matéria que não pode ser apreciada em sede de *habeas corpus*, uma vez que demanda uma incursão mais aprofundada na ação originária, devendo ser buscada em via procedimental própria, qual seja, a revisão criminal.

Diante do exposto, voto pela concessão parcial da ordem de *habeas corpus* para excluir o nome e a qualificação do paciente do polo passivo da Ação Penal n. 113.00.000576-4, e, por conseguinte, resguardá-lo dos efeitos penais e civis da condenação prolatada naqueles autos.

DECISÃO

Ante o exposto, nos termos do voto do relator, por unanimidade de votos, decidiu a Terceira Câmara Criminal, conhecer do *writ* e conceder em parte a ordem, confirmando a liminar deferida.

Comunique-se o conteúdo do presente acórdão, nos termos do § 2.º do art. 201 do Código de Processo Penal, acrescentado pela Lei n. 11.690/2008.

O julgamento, realizado no dia 27 de janeiro de 2009, foi presidido pelo Exmo. Se. Des. Torres Marques, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. José Volpato de Souza. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Demétrio Constantino Serratine.

Florianópolis, 28 de janeiro de 2009.

Roberto Lucas Pacheco
RELATOR

PRIMEIRA INSTÂNCIA

SENTENÇA

Autos n. 038.08.036082-0

Vistos etc.

Michel Kursancew, brasileiro, solteiro, advogado, residente e domiciliado na rua Fernando Machado, n. 77, apto. 504, bairro América, em Joinville/SC, propôs esta *Ação de Reparação por Danos Morais* contra TAM – Linhas Aéreas S. A., pessoa jurídica de direito privado, com filial na rua XV de Novembro, n. 1.668, bairro América, em Joinville, afirmando que comprou passagens de ida e volta para São Paulo, com saída de Joinville, para assistir o Grande Prêmio do Brasil de Fórmula 1, a realizar-se entre 19 e 21 de outubro de 2007.

Como precisava estar de volta a Joinville na manhã do dia 22-10-2007 por força de compromissos profissionais antecipadamente agendados, na tarde de domingo (21-10), logo após o término da corrida de Fórmula 1, dirigiu-se ao aeroporto de Congonhas – SP, onde deparou-se com longas filas para fazer o *check in*, atrasos e até cancelamentos de vôos. Em meio a pessoas tantas cansadas e deitadas no saguão aguardando seus vôos, enfim conseguiu, por volta das 18h30min, fazer o *check in* do vôo JJ3037, com destino a Joinville, com horário de saída previsto para às 21h25min. Acontece que, após algum tempo, os monitores passaram a acusar atraso no horário de previsão de decolagem da aeronave. Indagados a respeito disso, os funcionários da ré nada sabiam lhe informar. Próximo do horário de encerramento das atividades do aeroporto (por volta das 23 horas), foi comunicado por um dos funcionários da acionada de que a aeronave já se encontrava em solo e que, logo após a autorização para estacionar, dar-se-ia o procedimento de embarque de passageiros.

Transcorrido mais algum tempo, para a surpresa de todos que se encontravam aguardando o momento do embarque, sobreveio a notícia de

que o vôo havia sido cancelado. Como nenhum esclarecimento foi prestado aos usuários, houve um tumulto geral. Porque precisava voltar a Joinville, correu para o balcão da companhia aérea para remarcar o vôo. Foi quando tomou conhecimento de que todos os vôos do dia seguinte com destino à Manchester Catarinense estavam lotados. Assinalou que nenhum tipo de assistência lhe foi prestado, tampouco a qualquer dos outros passageiros que estavam à sua volta, também clientes da ré.

Após pernoitar no saguão do aeroporto e atormentado pela incerteza de conseguir cumprir os compromissos que havia agendado, viu-se na contingência de adquirir uma passagem aérea de outra companhia, porém para desembarque em Curitiba.

Por causa do estresse gerado pelo descaso da ré, que, além de não lhe prestar qualquer assistência material, sequer lhe restituiu o que gastou com a aquisição da passagem que não utilizou, requereu a condenação da acionada a indenizar-lhe os danos materiais, consistentes no ressarcimento do que despendeu com a aquisição da passagem aérea, bem como os danos morais, estes em valor não inferior ao correspondente a 39 salários mínimos. Também requereu a inversão do ônus da prova.

Em sua resposta, a ré afirmou que o vôo referido pelo autor foi cancelado por circunstâncias alheias à sua vontade, fruto de momentâneas condições meteorológicas adversas, que inviabilizavam a decolagem de aviões naquele aeroporto. Por isso, compreende que não pode ser responsabilizada por algo que refoge completamente ao seu controle. Negou ter deixado de amparar o autor, que, por lhe ser mais conveniente, optou por adquirir outra passagem junto a outra companhia aérea. Salientando que o instituto da indenização do dano moral não deve ser banalizado, terminou clamando pela declaração de improcedência do pleito veiculado na inicial.

Noutra manifestação, o autor registrou que, no momento em que deveria ter ocorrido o embarque no aeroporto, o tempo estava bom e que a ré, sem produzir prova alguma do que afirma, tenta alterar a verdade dos fatos para confundir o Juízo, em prática que caracteriza litigância de má-fé.

É o breve relato os fatos.

DECIDO.

“Não há cerceamento de defesa se a matéria pode ser decidida independentemente de produção de outras provas, além das já constantes no processo” (TJSC – Apelação Cível n. 1996.004985-1, de São Francisco do Sul, rel. Des. Amaral e Silva, publ. no DJSC n. 9.566, de 17-9-96, p. 49). É que “a lei processual confere ao juiz poderes administrativos e jurisdicionais. Nestes, alguns são discricionários. O art. 330, I, do CPC, confere poder ao juiz para dispensar a prova oral, quando a matéria posta em juízo é exclusivamente de direito. É poder jurisdicional discricionário que legitima o ato judicial. O julgamento antecipado da lide, quando a matéria é exclusivamente de direito, não gera cerceamento de defesa” (TAMG – Ap. n. 1.0024.03.151413-6/001, Segunda Câmara, rel. Des. Caetano Levi Lopes, publ. no DOMG de 18-3-2005 *apud* AC n. 2005.023878-3, de Joinville, rel. Des. Trindade dos Santos, julgada em 29-9-2005).

É fato incontroverso de que o autor, munido da passagem aérea que previamente havia adquirido da ré, compareceu no aeroporto de Congonhas, em São Paulo, na data e horário para o embarque, cujo vôo, entretanto, acabou sendo cancelado horas depois. Segundo a prestadora do serviço de transporte aéreo, o vôo não saiu em decorrência da momentânea adversidade das condições meteorológicas, cuja alegação é veementemente negada pelo autor.

Pois bem, inclusive pela inversão do ônus da prova (CDC, art. 6º, VIII) e até por força da responsabilidade objetiva (“o Código de Defesa do Consumidor incide nas relações travadas entre passageiros e empresas de transporte aéreo, tornando objetiva a responsabilidade civil” – TJSC – Apelação Cível n. 2004.031342-8, de Turvo, rela. Des. Maria do Rocio Luz Santa Ritta, j. em 5-6-2007), mesmo que a ré tivesse conseguido provar que o vôo não decolou por causa de condições climáticas adversas, que, aliás, não se alçariam à condição de excludente de causalidade porque representariam caso fortuito interno, inerente à atividade desenvolvida pela ré e perfeitamente previsível nesse meio, obviamente ela não estaria isenta de restituir o que o usuário pagou pela passagem aérea.

Segundo o disposto no artigo 20, § 1º, inciso II, do Código de Defesa do Consumidor, o fornecedor do serviços responde pelos vícios de qualidade que os tornem impróprios ao consumo, podendo o consumidor exigir “*a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos*”. Não se sabe quanto o autor despendeu quando comprou da ré a passagem aérea, mas é certo que ele gastou R\$ 268,62 da concorrente Varig S. A. (dcto. fl. 12), cujo valor deve ser recomposto pela ré, exatamente porque ela descumpriu a sua parte no contrato (CC, art. 737).

O cancelamento do vôo por circunstâncias que refogem à previsibilidade não deve render ensejo à indenização por danos morais, até porque a segurança dos passageiros, é óbvio, está acima de tudo. Contudo, no caso, o pleito vem calcado também no descaso da prestadora do serviço em oferecer algum conforto ao consumidor extenuado pela prolongada espera de um embarque que não aconteceu. Isto porque, encerradas as autorizações de decolagem ao término das operações do aeroporto, cabia à prestadora do serviço patrocinar acomodações e alimentação ao passageiro não embarcado como forma de amenizar o desconforto já suportado por ele e, estando com seus próximos vôos lotados, inclusive conseguir acomodá-

lo numa aeronave de outra empresa aérea. Pelo visto, nem votos de boa noite o autor recebeu dos funcionários da ré. Premido pelas circunstâncias e pelo receio de que não estaria de volta a Joinville na manhã de segunda-feira, o usuário, desprezado pela requerida, acabou dormindo no próprio saguão do aeroporto, numa condição de quase indignância, até que, na manhã seguinte, enfim, conseguiu embarcar num vôo de uma empresa aérea concorrente até Curitiba, que, entretanto, dista aproximadamente 120 quilômetros de Joinville.

Neste contexto, justifica-se a reclamada indenização por danos morais, não só para compensar o desconforto físico e o estresse causado ao usuário mas também para punir a indiferença da prestadora do serviço de transporte aéreo de passageiros, instando-a a repensar a sua relação com aqueles que nela depositam sua confiança ao adquirirem passagens dos seus vôos.

Essa linha de pensamento encontra o respaldo da jurisprudência, consoante se infere dos seguintes julgados:

“A ré não comprovou a adversidade climática que, supostamente, causou o cancelamento do vôo do contratado pelo autor. Inobstante houvesse comprovado, continuaria responsável pelo dano moral na medida em que não providenciou nenhuma assistência ao autor, sobretudo alimentação e acomodação. Essa desassistência causa angústia e desconforto, atingindo a personalidade do consumidor e justificando a devida reparação que, no caso, foi adequadamente arbitrada quanto ao seu valor” (TJRS – Recurso Inominado n. 71001558873, Segunda Turma Recursal Cível, relatora Juíza Maria José Schmitt Sant Anna, j. em 21-5-2008).

E mais:

“CONSUMIDOR. TRANSPORTE AÉREO. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. CDC.

CANCELAMENTO DO VÔO. TRATAMENTO INADEQUADO AOS PASSAGEIROS. DANO MORAL CARACTERIZADO.

“Havendo cancelamento de vôo, e permanecendo o passageiro sem informações adequadas, bem como sem alimentação e acomodação satisfatória, chegando a adquirir passagem terrestre para o retorno a Porto Alegre, está-se inequivocamente diante de tratamento inadequado ao consumidor, o que configura o abalo moral e a necessidade de reparação pela empresa de transporte aéreo” (TJRS – Recurso Inominado n. 71001634054, Primeira Turma Recursal Cível, rel. Juiz João Pedro Cavalli Junior, j. em 19-6-2008).

Veja-se também, da Sexta Turma de Recursos do nosso Estado:

“RECURSO INOMINADO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MATERIAIS E MORAIS. TRANSPORTE AÉREO. CANCELAMENTO DE **VÔO**. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. INTEMPÉRIES. CASO FORTUITO. RESPONSABILIDADE. CAUSA DE EXCLUSÃO.

“Pelas características do transporte aéreo, particularmente o de passageiros, o qual envolve regras rígidas de segurança da aeronave, condições climáticas e dos aeroportos, dependente de toda uma logística e uma infra-estrutura própria, passível a ocorrência de atrasos nos horários dos vôos razão pela qual o caso fortuito elide a responsabilidade do prestador de serviços.

“**VÔO**. CANCELAMENTO. CONVENÇÃO DE VARSÓVIA. TRATAMENTO CONVENCIONADO. PASSAGEIRO. ATENDIMENTO DEFICIENTE E INADEQUADO. ADIAMENTO. PRAZO SUPERIOR A 48 HORAS. ABUSIVIDADE. DANO MORAL. CONFIGURAÇÃO.

“Embora excluída a responsabilidade da companhia aérea em face da excludente de causalidade, responde pelo tratamento inadequado na **assistência** aos passageiros os quais não tiveram à disposição alimentação nem acomodação, violando a Convenção de Varsóvia. Aliás, já se decidiu que: ‘Ainda que justificável e, daí, isenta do dever de indenizar, por atrasos decorrentes de mau tempo ou problemas na malha aérea nacional, o atendimento e a assistência ineficiente por parte da companhia aérea, por si só, sustentam o decreto condenatório por perdas e danos morais, agravando-se pela abusividade nas remarcações e atrasos sucessivos, sem qualquer plausibilidade para tal’ (RI n. 2008.600931-4, de Fraiburgo [1ª Vara])” (Recurso Inominado n. 2008.601119-9, de Rio do Sul, rel. Juiz Silvio Dagoberto Orsatto, publ. no DJE n. 556, de 22-10-2008; idem: Recurso Inominado n. 2008.601117-5, rel. Juiz Jaime Machado Junior, j. em 20-10-2008).

Atinente à sua quantificação, “considerando-se 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, grau de culpa e situação financeira de ambas as partes, não podendo servir de enriquecimento sem causa para o ofendido ou de empobrecimento para o ofensor, sem perder de vista os seus escopos de caráter pedagógico, punitivo e inibidor [...]” (TJSC – Apelação Cível n. 2004.013346-4, de Balneário Camboriú, Primeira Câmara de Direito Civil, unânime, rel. Des. Subst. Joel Dias Figueira Júnior, j. em 19-6-2007).

Nesta perspectiva, tem-se, de um lado, o autor, que comeu o pão que o diabo amassou ao ver-se obrigado a permanecer, durante horas a fio, num aeroporto, sem receber qualquer assistência por parte da companhia aérea ré, inclusive pernitando naquele local, na esperança de seguir viagem, logo nos primeiros vôos do dia seguinte, para cumprir compromisso profissional previamente acertado. Um total contraste com a descarga de

adrenalina que certamente tomou conta do seu corpo enquanto assistia o GP Brasil de Fórmula 1, no qual Kimi Räikkönen (Ferrari) conseguiu subir no posto mais alto do pódio – e, naquela mesma oportunidade, também sagrar-se como campeão mundial de pilotos da temporada 2007 –, e ver no mesmo pódio, ao lado do finlandês, o brasileiro Felipe Massa, integrante da mesma escuderia, que chegou em segundo lugar.

De outro lado, tem-se uma companhia aérea com forte atuação no mercado de transporte aéreo de passageiros e que, por isso mesmo, deveria manter logística de atuação capaz de evitar situações como as que experimentou o requerente. Por isso é que a indenização, aqui, deve valorizar a carga pedagógica para, por vias oblíquas, estimular a ré a agir com mais respeito aos seus usuários. Embora isso não exculpe a conduta indiferente da prestadora do serviço que deu as costas ao consumidor prejudicado, não me escapa à percepção de que a aviação civil como um todo, na época em que os fatos aconteceram, não vivia os seus melhores dias, o que, penso, também deve ser sopesado na estimação desta verba indenizatória. Neste contexto, hei por bem estabelecer em R\$ 6.000,00 a indenização por danos morais a ser paga ao autor. Com isso estar-se-á proporcionando satisfação na justa medida do abalo sofrido, sem enriquecimento sem causa, produzindo, em contrapartida, na causadora do mal, impacto bastante para repensar o seu comportamento indiferente e suas metas de lucratividade a qualquer preço.

De fato, “a indenização por danos morais não deve servir só para anestesiar os efeitos decorrentes do mal causado ao usuário, mas também para incutir no prestador do serviço de transporte aéreo a necessidade de repensar suas metas de lucratividade a qualquer preço” (Segunda Turma de Recursos – Apelação Cível n. 2007.201226-6, de Blumenau, rel. Juiz Roberto Lepper, j. em 18-12-2007).

À vista do exposto, JULGO PROCEDENTE o pedido veiculado nesta *Ação de Reparação por Danos Morais* ajuizada por Michel Kursancew contra TAM – LINHAS AÉREAS S. A., condenando a ré a ressarcir o autor pelos danos materiais que lhe causou (R\$ 268,62), cuja importância deverá ser corrigida monetariamente pela variação do INPC/IBGE desde a data do desembolso (22-10-2007 – dcto. fl. 12). Ao montante deverão ser acrescidos juros moratórios desde a citação, porquanto houve o descumprimento de contrato.

Condeno a ré também no pagamento de indenização por danos morais, que estabeleço em R\$ 6.000,00, corrigido monetariamente desde a data da publicação desta sentença, além de juros moratórios a partir do momento em que ocorreu o ato ilícito (21-10-2007) (STJ – Súmula n. 54; TJSC – Ap. Cível n. 2007.043437-4, de Taió, Primeira Câmara de Direito Civil, un., rel. Des. Edson Ubaldino, julgada em 26-2-2008; Apelação Cível n. 2004.002387-1, de Lages, Primeira Câmara de Direito Civil, un., rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, julgada em 11-12-2007, entre outros).

Em primeiro grau de jurisdição, incabível é a condenação do vencido a suportar o pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios (art. 55 da Lei n. 9.099/95).

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Joinville, 25 de março de 2009.

Roberto Lepper
JUIZ DE DIREITO

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

Fórum da Comarca de Abelardo Luz
Av. Padre João Smedt, 1.667 — Centro
CEP: 89830-000 — Abelardo Luz
Telefone: (49) 3445-8100

Fórum da Comarca de Anchieta
Av. Anchieta, 722 — Centro
CEP: 89970-000 — Anchieta
Telefone: (49) 3653-3000

Fórum da Comarca de Anita Garibaldi
Rua Vidal Ramos Júnior, s/n — Centro
CEP: 88590-000 — Anita Garibaldi
Telefone: (49) 3543-5300

Fórum da Comarca de Araquari
Rua Antonio Ramos Alvim, 500 — Centro
CEP: 89245-000 — Araquari
Telefone: (47) 3447-7500

Fórum da Comarca de Araranguá
Rua Cel. João Fernandes, 195 — Centro
CEP: 88900-000 — Araranguá
Telefone: (48) 3521-6000

Fórum da Comarca de Armazém
Rua Antônio David Filet, s/n — Centro
CEP: 88740-000 — Armazém
Telefone: (48) 3645-4200

Fórum da Comarca de Ascurra
Rua Padre Simão Majcher, 65 — Centro
CEP: 89138-000 — Ascurra
Telefone: (47) 3383-3300

Fórum da Comarca de Balneário Camboriú

Av. das Flores, s/n — Bairro dos Estados

CEP: 88330-000 — Balneário Camboriú

Telefone: (47) 3261-1700

Fórum da Comarca de Barra Velha

Rua Vice-Prefeito José do Patrocínio de Oliveira, 1.003 — Centro

CEP: 88390-000 — Barra Velha

Telefone: (47) 3446-7500

Fórum da Comarca de Biguaçu

Rua Rio Branco, 29 — Centro

CEP: 88160-000 — Biguaçu

Telefone: (48) 3279-9200

Fórum da Comarca de Blumenau

Rua Elesbão Pinto, 620 — Bairro da Velha

CEP: 89036-200 — Blumenau

Telefone: (47) 3321-9200

Fórum da Comarca de Bom Retiro

Rua 14 de Janeiro, 165 — Centro

CEP: 88680-000 — Bom Retiro

Telefone: (49) 3277-3000

Fórum da Comarca de Braço do Norte

Rua Jorge Lacerda, s/n (Pça. Padre Roher) — Centro

CEP: 88750-000 — Braço do Norte

Telefone: (48) 3658-9200

Fórum da Comarca de Brusque

Praça das Bandeiras, s/n — Centro

CEP: 88350-051 — Brusque

Telefone: (47) 3251-1500

Fórum da Comarca de Caçador
 Rua Conselheiro Mafra, 790 — Centro
 CEP: 89500-000 — Caçador
 Telefone: (49) 3561-2500

Fórum da Comarca de Camboriú
 Rua Goiânia, 104 — Centro
 CEP: 88340-000 — Camboriú
 Telefone: (47) 3365-9300

Fórum da Comarca de Campo Belo do Sul
 Rua Major Teodósio Furtado, 30 — Centro
 CEP: 88580-000 — Campo Belo do Sul
 Telefone: (49) 3249-3300

Fórum da Comarca de Campo Erê
 Rua Maranhão, s/n — Centro
 CEP: 89980-000 — Campo Erê
 Telefone: (49) 3655-3500

Fórum da Comarca de Campos Novos
 Praça Lauro Müller, 121 — Centro
 CEP: 89620-000 — Campos Novos
 Telefone: (49) 3541-6400

Fórum da Comarca de Canoinhas
 Rua Vidal Ramos, 650 — Centro
 CEP: 89460-000 — Canoinhas
 Telefone: (47) 3621-5600

Fórum da Comarca de Capinzal
 Rua Carmelo Zoccoli, 133 — Centro
 CEP: 89665-000 — Capinzal
 Telefone: (49) 3555-8000

Fórum da Comarca da Capital (Central)
Av. Governador Gustavo Richard, 434 — Centro
CEP: 88020-901 — Florianópolis
Telefone: (48) 3251-6500

Fórum Distrital do Norte da Ilha
Campus da UFSC – Av. Desembargador Vitor Lima, 183 – Fundos – Serrinha
CEP: 88040-400 — Florianópolis
Telefone: (48) 3331-3300

Fórum Distrital do Continente
Rua São José, 300 — Estreito
CEP: 88075-310 — Florianópolis
Telefone: (48) 3271-1900

Fórum da Comarca de Capivari de Baixo
Rua Engenheiro Márcio Portela, 36 — Centro
CEP: 88745-000 — Capivari de Baixo
Telefone: (48) 3621-4800

Fórum da Comarca de Catanduvas
Rua Felipe Schmidt, 1.435 — Centro
CEP: 89670-000 — Catanduvas
Telefone: (49) 3525-6400

Fórum da Comarca de Chapecó
Rua Augusta Müller Bohner, 300-D — Passo dos Fortes
CEP: 89805-900 — Chapecó
Telefone: (49) 3321-9400

Fórum da Comarca de Concórdia
Rua Dr. Maruri, 865 — Centro
CEP: 89700-000 — Concórdia
Telefone: (49) 3441-1500

Fórum da Comarca de Coronel Freitas
 Rua Minas Gerais, 586 — Centro
 CEP: 89840-000 — Coronel Freitas
 Telefone: (49) 3347-3300

Fórum da Comarca de Correia Pinto
 Rua Vitória Régia, 254 — Pro-Flor
 CEP: 88535-000 — Correia Pinto
 Telefone: (49) 3243-6300

Fórum da Comarca de Criciúma
 Av. Santos Dumont, s/n — Milanesi
 CEP: 88804-301 — Criciúma
 Telefone: (48) 3431-5200

Fórum da Comarca de Cunha Porá
 Rua Benjamin Constant, 832 — Centro
 CEP: 89890-000 — Cunha Porá
 Telefone: (49) 3646-3000

Fórum da Comarca de Curitibaanos
 Rua Antônio Rossa, 241 — Centro
 CEP: 89520-000 — Curitibaanos
 Telefone: (49) 3221-0500

Fórum da Comarca de Descanso
 Rua Thomaz Koproski, 615 — Centro
 CEP: 89910-000 — Descanso
 Telefone: (49) 3623-6400

Fórum da Comarca de Dionísio Cerqueira
 Av. Washington Luís, 670 — Centro
 CEP: 89950-000 — Dionísio Cerqueira
 Telefone: (49) 3644-6200

Fórum da Comarca de Forquilha

Rodovia Antônio Valmor Canela, 106 — Santa Izabel

CEP: 88850-000 — Forquilha

Telefone: (48) 3463-8300

Fórum da Comarca de Fraiburgo

Av. Curitibaanos, 375 — Centro

CEP: 89580-000 — Fraiburgo

Telefone: (49) 3256-2100

Fórum da Comarca de Garopaba

Rua Santa Rita, 100 — Centro

CEP: 88495-000 — Garopaba

Telefone: (48) 3254-8300

Fórum da Comarca de Garuva

Av. Celso Ramos, 1.226 — Centro

CEP: 89248-000 — Garuva

Telefone: (47) 3445-8000

Fórum da Comarca de Gaspar

Av. Deputado Francisco Mastella, s/n — Sete de Setembro

CEP: 89110-000 — Gaspar

Telefone: (47) 3331-6100

Fórum da Comarca de Guaramirim

Rua 28 de Agosto, 2000 — Centro

CEP: 89270-000 — Guaramirim

Telefone: (47) 3373-9500

Fórum da Comarca de Herval d'Oeste

Rua Nereu Ramos, 388 — Centro

CEP: 89610-000 — Herval d'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 — Saguauçu
CEP: 89201-900 — Joinville
Telefone: (47) 3461-8500

Fórum da Comarca de Lages
Rua Belisário Ramos, 3.650 — Centro
CEP: 88501-902 — Lages
Telefone: (49) 3221-3500

Fórum da Comarca de Laguna
Rua Arcângelo Bianchini, 69 — Centro
CEP: 88790-000 — Laguna
Telefone: (48) 3644-8300

Fórum da Comarca de Lauro Müller
Travessa 20 de Janeiro, s/n — Centro
CEP: 88880-000 — Lauro Müller
Telefone: (48) 3464-8600

Fórum da Comarca de Lebon Régis
Rua Valdir Ortigari, 45 — Centro
CEP: 89515-000 — Lebon Régis
Telefone: (49) 3247-6000

Fórum da Comarca de Mafra
Av. Cel. José Severiano Maia, 863 — Centro
CEP: 89300-000 — Mafra
Telefone: (47) 3641-4200

Fórum da Comarca de Maravilha
Av. Anita Garibaldi, 1.181 — Centro
CEP: 89874-000 — Maravilha
Telefone: (49) 3664-8800

Fórum da Comarca de Modelo
Rua Presidente Vargas, 20 — Centro
CEP: 89872-000 — Modelo
Telefone: (49) 3365-2500

Fórum da Comarca de Mondaiá
Rua Aurora, 65 — Centro
CEP: 89893-000 — Mondaiá
Telefone: (49) 3674-3000

Fórum da Comarca de Navegantes
Av. Prefeito José Juvenal Mafra, 498 — Centro
CEP: 88375-000 — Navegantes
Telefone: (47) 3342-9100

Fórum da Comarca de Orleans
Rua Rui Barbosa, 320 — Centro
CEP: 88870-000 — Orleans
Telefone: (48) 3466-6100

Fórum da Comarca de Otacílio Costa
Rua Clementino Zambonato, 119 — Centro
CEP: 88540-000 — Otacílio Costa
Telefone: (49) 3275-8000

Fórum da Comarca de Palhoça
Rua Cel. Bernardino Machado, 95 — Centro
CEP: 88130-220 — Palhoça
Telefone: (48) 3279-3300

Fórum da Comarca de Palmitos
Rua Padre Manoel da Nóbrega, s/n — Centro
CEP: 89887-000 — Palmitos
Telefone: (49) 3647-9400

Fórum da Comarca de Papanduva
Rua Simeão Alves de Almeida, 411 — Centro
CEP: 89370-000 — Papanduva
Telefone: (47) 3653-6000

Fórum da Comarca de Pinhalzinho
Av. Porto Alegre — Esq. com a Rua São Luiz, 735 — Centro
CEP: 89870-000 — Pinhalzinho
Telefone: (49) 3366-6100

Fórum da Comarca de Pomerode
Rua XV de Novembro, 700 — Centro
CEP: 89107-000 — Pomerode
Telefone: (47) 3387-7400

Fórum da Comarca de Piçarras
Av. Emanuel Pinto, 1.655 — Centro
CEP: 88380-000 — Piçarras
Telefone: (47) 3347-4000

Fórum da Comarca de Ponte Serrada
Rua 3 de Maio, 460 — Centro
CEP: 89683-000 — Ponte Serrada
Telefone: (49) 3435-6500

Fórum da Comarca de Porto Belo
Av. Gov. Celso Ramos, 2.890 — Centro
CEP: 88210-000 — Porto Belo
Telefone: (47) 3369-7100

Fórum da Comarca de Porto União
Rua Voluntários da Pátria, 365 — Centro
CEP: 89400-000 — Porto União
Telefone: (42) 3521-3700

Fórum da Comarca de Presidente Getúlio
Rua Kurt Hering, 14 — Centro
CEP: 89150-000 — Presidente Getúlio
Telefone: (47) 3352-5000

Fórum da Comarca de Quilombo
Rua Presidente Juscelino, 703 — Centro
CEP: 89850-000 — Quilombo
Telefone: (49) 3346-2000

Fórum da Comarca de Rio do Campo
Rua 29 de Dezembro, s/n — Centro
CEP: 89198-000 — Rio do Campo
Telefone: (47) 3564-8900

Fórum da Comarca de Rio do Oeste
Rua XV de Novembro, 1.570 — Centro
CEP: 89180-000 — Rio do Oeste
Telefone: (47) 3543-9300

Fórum da Comarca de Rio do Sul
Rua Dom Bosco, 820 — Jardim América
CEP: 89160-000 — Rio do Sul
Telefone: (47) 3531-4700

Fórum da Comarca de Rio Negrinho
Rua Carlos Hantschel, 425 — Bela Vista
CEP: 89295-000 — Rio Negrinho
Telefone: (47) 3641-1700

Fórum da Comarca de Santa Cecília
Rua XV de Novembro, s/n — Centro
CEP: 89540-000 — Santa Cecília
Telefone: (49) 3244-6500

Fórum da Comarca de Santa Rosa do Sul
Rua Raul José dos Santos, 120 — Centro
CEP: 89965-000 — Santa Rosa do Sul
Telefone: (48) 3534-8200

Fórum da Comarca de Santo Amaro da Imperatriz
Rua Frei Fidêncio Feldmann, 425 — Centro
CEP: 88140-000 — Santo Amaro da Imperatriz
Telefone: (48) 3245-4000

Fórum da Comarca de São Bento do Sul
Av. São Bento, 401 — Colonial
CEP: 89290-000 — São Bento do Sul
Telefone: (47) 3631-1900

Fórum da Comarca de São Carlos
Rua La Salle, 243 — Centro
CEP: 89885-000 — São Carlos
Telefone: (49) 3325-1000

Fórum da Comarca de São Domingos
Rua Major Azambuja, 138 — Centro
CEP: 89835-000 — São Domingos
Telefone: (49) 3443-6800

Fórum da Comarca de São Francisco do Sul
Rua Leôncio Pereira, 304 — Rocio Pequeno
CEP: 89240-000 — São Francisco do Sul
Telefone: (47) 3471-1500

Fórum da Comarca de São João Batista
Rua Otaviano Dadam, 201 — Centro
CEP: 88240-000 — São João Batista
Telefone: (48) 3265-6300

Fórum da Comarca de São Joaquim
Rua Domingos Martorano, 302 — Centro
CEP: 88600-000 — São Joaquim
Telefone: (49) 3233-6000

Fórum da Comarca de São José
Rua Domingos André Zannini, 380 — Barreiros
CEP: 88117-200 — São José
Telefone: (48) 3271-9600

Fórum da Comarca de São José do Cedro
Rua Padre Aurélio, 235 — Centro
CEP: 89930-000 — São José do Cedro
Telefone: (49) 3643-6600

Fórum da Comarca de São Lourenço do Oeste
Rua Dom Pedro II, 966 — Centro
CEP: 89990-000 — São Lourenço do Oeste
Telefone: (49) 3344-8200

Fórum da Comarca de São Miguel do Oeste
Rua Marcílio Dias, 2.070 — Sagrado Coração
CEP: 89900-000 — São Miguel do Oeste
Telefone: (49) 3631-1500

Fórum da Comarca de Seara
 Rua do Comércio, 171 — Centro
 CEP: 89770-000 — Seara
 Telefone: (49) 3452-8700

Fórum da Comarca de Sombrio
 Rua Edílio Antônio da Rosa, 974 — Centro
 CEP: 88960-000 — Sombrio
 Telefone: (48) 3533-6700

Fórum da Comarca de Taió
 Rua Expedicionário Rafael Busarello, 484 — Centro
 CEP: 89190-000 — Taió
 Telefone: (47) 3562-8000

Fórum da Comarca de Tangará
 Rua Luís Menoncin, s/n — Centro
 CEP: 89642-000 — Tangará
 Telefone: (49) 3532-7500

Fórum da Comarca de Tijucas
 Rua Florianópolis, 130 — Centro
 CEP: 88200-000 — Tijucas
 Telefone: (48) 3263-8000

Fórum da Comarca de Timbó
 Av. Getúlio Vargas, 736 — Centro
 CEP: 89120-000 — Timbó
 Telefone: (47) 3281-1700

Fórum da Comarca de Trombudo Central
 Rua Emílio Graubner, s/n — Vila Nova
 CEP: 89176-000 — Trombudo Central
 Telefone: (47) 3544-8100

Fórum da Comarca de Tubarão
Rua Wenceslau Brás, 560 — Vila Moema
CEP: 88701-901 — Tubarão
Telefone: (48) 3621-1500

Fórum da Comarca de Turvo
Rua Nereu Ramos, 609 — Centro
CEP: 88930-000 — Turvo
Telefone: (48) 3525-8000

Fórum da Comarca de Urubici
Rua Nereu Ramos, n. 200 — Centro
CEP: 88650-000 — Urubici
Telefone: (49) 3278-6900

Fórum da Comarca de Urussanga
Rua Barão do Rio Branco, 115 — Centro
CEP: 88840-000 — Urussanga
Telefone: (48) 3441-1300

Fórum da Comarca de Videira
Rua Vítor Meirelles, s/n — Ed. Brasil-Austria — Matriz
CEP: 89560-000 — Videira
Telefone: (49) 3551-1700

Fórum da Comarca de Xanxerê
Rua Victor Konder, 898 — Centro
CEP: 89820-000 — Xanxerê
Telefone: (49) 3441-7100

Fórum da Comarca de Xaxim
Rua Rui Barbosa, 385 — Centro
CEP: 89825-000 — Xaxim
Telefone: (49) 3353-9600

ÍNDICE NUMÉRICO

AÇÃO RESCISÓRIA

1.409-0 (STF) – Santa Catarina 143

AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA

2008.054837-7 – Capital..... 250

AGRAVOS DE INSTRUMENTO

2008.025302-1 – Rio do Sul..... 328
 2008.044299-6 – Araranguá..... 377
 2008.058037-5 – Joinville 388
 2008.072581-4 – Blumenau 306
 2008.081653-1 – Capital..... 316
 2009.004802-1 – Mafra..... 280

AGRAVOS EM AGRAVOS DE INSTRUMENTO

2008.019338-5 – São Carlos..... 554
 2008.069573-1 – Itapema..... 267

APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA

2008.055822-0 – Joinville 490

APELAÇÕES CÍVEIS

2005.022035-3 – Caçador 381
 2006.045403-6 – Lages..... 504
 2007.009812-3 – Maravilha..... 474
 2007.056461-5 – Capital..... 525
 2008.019292-9 – Armazém 348
 2008.044694-9 – Itá..... 439
 2008.061282-3 – Anchieta 539

2008.067773-3	– Canoinhas.....	465
2008.076125-0	– Joinville	392
2008.078540-1	– Lages.....	337
2008.081378-6	– Joinville	409
2008.081969-2	– Joinville	405

APELAÇÕES CRIMINAIS

2008.056758-0	– Campo Belo do Sul.....	558
2008.057030-5	– Chapecó	592
2008.057675-4	– Capital.....	579
2008.059805-9	– Jaraguá do Sul.....	602
2008.059997-2	– Chapecó	713
2008.062985-9	– Chapecó	585
2008.067217-3	– Itajaí	565
2008.073962-4	– Xanxerê.....	640
2008.076526-5	– Modelo.....	675

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE EM APELAÇÃO CÍVEL

2007.010076-5	– Joinville	233
---------------	-------------------	-----

AUTOS

038.08.036082-0	– Joinville	729
-----------------	-------------------	-----

CONFLITO DE COMPETÊNCIA

102.181 (STJ)	– Santa Catarina	203
---------------	------------------------	-----

HABEAS CORPUS

96.130-4 (STF)	– Santa Catarina	161
123.370 (STJ)	– Santa Catarina	214

2008.077961-1	– Camboriú	720
2009.010141-9	– Palhoça	651
2009.013028-3	– Içara.....	302

MANDADO DE SEGURANÇA

2008.018676-8	– Capital.....	430
---------------	----------------	-----

RECURSO CRIMINAL

2008.077750-7	– Capital.....	661
---------------	----------------	-----

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA

10.139 (STJ)	– Santa Catarina	233
--------------	------------------------	-----

RECURSO EXTRAORDINÁRIO

573.675-0 (STF)	– Santa Catarina	167
-----------------	------------------------	-----

ÍNDICE POR ASSUNTO

AÇÃO CIVIL PÚBLICA

— Obras de saneamento básico e de esgoto – Responsabilidade do Município e do Estado (Casan). Situação deficitária comprovada, que propicia ocorrência de danos ambientais. Recurso parcialmente provido. Maioria de votos. VOTO VENCIDO.439

AÇÃO DE COBRANÇA

— Caderneta de poupança – Expurgos inflacionários defluentes do denominado Plano Verão. Procedência para determinar o implemento da diferença remuneratória pleiteada. Sentença mantida. Recurso desprovido. .405

AÇÃO DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO POR INVALIDEZ

— Instituto Nacional do Seguro Social – Trabalhadora rural com idade avançada e sem aptidão para exercer outra profissão. Espondiloartrose e escoliose lombares. Lesão oriunda de esforço excessivo no desempenho da atividade rural. Nexo de causalidade bem demonstrado. Incapacidade total e definitiva para as atividades que exijam esforço físico. Benefício devido. Recurso voluntário desprovido e, em reexame necessário, reformada em parte a sentença.539

AÇÃO DE CONTESTAÇÃO DE PATERNIDADE C/C ANULAÇÃO DE ATO JURÍDICO E RETIFICAÇÃO NO REGISTRO CIVIL

— Avó paterna – Ilegitimidade passiva *ad causam* reconhecida. Inconformismo. Erro e falsidade ideológica do registro. Carência de ação inexistente. Legitimidade ativa *ad causam* e possibilidade jurídica do pedido presentes. Sentença reformada. Recurso provido.381

AÇÃO DE RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL

— Obtenção de dupla cidadania – Pedido embasado em fotocópia de certidão de nascimento redigida em língua estrangeira. Ausência de tradução. Ilegalidade. Falta de documentos essenciais. Indeferimento da inicial. Extinção processual. Recurso prejudicado.337

AÇÃO INDENIZATÓRIA

— Anulação de negócio jurídico realizado com procuração pública falsa – Responsabilidade do Estado por ato de agente notarial. Negligência demonstrada. Culpa configurada. Desfazimento do negócio. Fixação do dano. Arbitramento. Verba indenizatória fixada de forma a atender aos desígnios da demanda. Sentença mantida nesse particular. Reparos nos juros moratórios, na correção monetária e nos honorários.474

AÇÃO ORDINÁRIA

— Servidora pública estadual – Desvio de função. Técnico judiciário auxiliar no exercício do cargo de escrivã designada. Pagamento da diferença entre a remuneração percebida e aquela destinada à escrivã no período em que houve a prestação de serviço. Correção monetária e juros de mora contados da citação. Recursos voluntários e reexame necessário desprovidos.525

AÇÃO ORDINÁRIA DE ADIMPLEMENTO CONTRATUAL

— Serviço de telefonia – Complementação do valor patrimonial das ações. Preliminares de ilegitimidade passiva *ad causam*, prescrição e decadência rejeitadas. Valor patrimonial da ação a ser quantificado com lastro no balancete contemporâneo à contratação. Pagamento de dividendos. Recurso parcialmente provido.409

AÇÃO ORDINÁRIA DE REINTEGRAÇÃO EM CARGO PÚBLICO

— Servidor público – Processo administrativo disciplinar. Demissão. Comissão processante formada por servidores estáveis, mas não efetivos. Anulação do processo. Servidor que tem depositado em sua conta bancária valor acima de seus vencimentos. Saque logo em seguida. Depósito equivocado por erro da própria administração. Boa-fé do servidor. Devolução. Pagamento dos vencimentos devidos desde a demissão. Recurso desprovido.465

AGRAVO DE INSTRUMENTO

— *Vide* recurso.

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

— Serviço funerário – Sistema de rodízio instituído por lei municipal. Ofensa, em tese, ao artigo 6º, II, do CDC e aos princípios da livre concorrência, consagrados pelo artigo 170 da CF. Autonomia do Município limitada ao comando constitucional do Estado. Impossibilidade de legislar contra este e a União. Inconstitucionalidade. Recurso parcialmente provido. Maioria de votos.....233

ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

— Art. 56143

BUSCA E APREENSÃO

— Extinção do processo sem julgamento do mérito – Irresignação da autora. Questões de ordem pública. Possibilidade de enfrentamento a qualquer tempo e grau de jurisdição. Ausência de preclusão. Constituição em mora. Possibilidade da entrega da cientificação pelo correio, através de meio idôneo, que não invalida a notificação elaborada pelo cartório de

títulos e documentos da comarca onde reside o devedor. Não ocorrência no caso concreto, pois a notificação foi feita por serventia de outro Estado. Invalidez. Mora não comprovada. Manutenção da sentença. Recurso desprovido.....392

CÓDIGO CIVIL

— Art. 130	328
— Art. 132, § 1º.....	504
— Art. 134, § 1º, f (1916)	328
— Art. 145, III	328
— Art. 145, IV e V (1916).....	328
— Art. 177 (1916).....	409
— Art. 186	504
— Art. 205	409
— Art. 206, § 3º, IV e V.....	409
— Art. 299	348
— Art. 348 (1916).....	381
— Art. 405	539
— Art. 406	474, 504, 539
— Art. 524 (1916).....	348
— Art. 623, I (1916).....	348
— Art. 628 (1916).....	348
— Art. 737	729
— Art. 758	392
— Art. 762	392
— Art. 763	392
— Art. 802	392
— Art. 818	490
— Art. 827	490
— Art. 1.062 (1916).....	474
— Art. 1.196	348
— Art. 1.225, I e X.....	348
— Art. 1.227	348

— Arts. 1.265 a 1.281.....	392
— Art. 1.287	392
— Art. 1.331, § 3º.....	348
— Art. 1.604	381
— Art. 2.028	409

CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR (Lei n. 8.078/1990)

— Art. 6º, II	233
— Art. 6º, VIII	504, 729
— Art. 20, § 1º, II	729

CÓDIGO DE NORMAS DA CORREGEDORIA-GERAL DA JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

— Art. 71	504
— Art. 72, <i>caput</i> e §§ 1º e 6º	267
— Art. 72	504
— Art. 728	392
— Art. 881, XII	328

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

— Art. 12, I	539
— Art. 17, III e VI.....	250
— Art. 18, <i>caput</i> e § 2º	250
— Art. 19	306
— Art. 20	337
— Art. 20, §§ 3º e 4º.....	465, 316
— Art. 21, parágrafo único	504
— Art. 24	337
— Art. 33	306
— Art. 130	348
— Art. 157	337
— Art. 181	267
— Art. 182	267

— Art. 183, <i>caput</i>	267
— Art. 214, <i>caput</i> e § 1º	539
— Art. 219	525
— Art. 222	539
— Art. 237, II	539
— Art. 245	539
— Art. 247	539
— Art. 249, § 2º	465
— Art. 267, IV	392
— Art. 267, VI, § 3º	381
— Art. 267, § 3º	392
— Art. 269, I	348
— Art. 273	316
— Art. 274	348
— Art. 282	328
— Art. 300	348
— Art. 326	348
— Art. 330, I	729
— Art. 333, I	348
— Art. 333, II	504
— Art. 334, I	250
— Art. 335	504
— Art. 461, § 5º	316
— Art. 475-N	316
— Art. 475-R	316
— Art. 485, V	143
— Art. 511, § 1º	267
— Art. 513	348
— Art. 515	348
— Art. 515, §§ 1º e 2º	490
— Art. 525, § 2º	267
— Art. 527, I	554
— Art. 527, III, V e VI	280

— Art. 535, I e II.....	348
— Art. 557, <i>caput</i>	554
— Art. 557, § 1º.....	554, 267, 250
— Art. 558	280
— Art. 580	316
— Art. 591	348
— Art. 600, IV	348
— Art. 652, § 3º.....	348
— Arts. 901 a 906.....	392
— Art. 1.046, <i>caput</i>	348
— Art. 1.046, § 1º.....	348
— Art. 1.049	348

CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

— Art. 2º.....	661
— Art. 41	640, 675
— Art. 201, § 2º.....	675, 720
— Art. 259	720
— Art. 386, III	585, 675
— Art. 580	585
— Art. 617	640

CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO (Lei n. 9.503/1997)

— Art. 293, <i>caput</i>	592
— Art. 302, parágrafo único, III	592
— Art. 303, parágrafo único	592

CÓDIGO PENAL

— Art. 2º, parágrafo único.....	675
— Art. 14, II.....	585, 579, 558, 661, 214
— Art. 14, parágrafo único	579
— Art. 17	585
— Art. 25	661

— Art. 29, <i>caput</i>	214
— Art. 29	675
— Art. 44	558, 713
— Art. 59	675
— Art. 61	558
— Art. 62, I e IV	675
— Art. 69, <i>caput</i>	675
— Art. 70	592
— Art. 71	675, 602
— Art. 107, III	675
— Art. 109, V	640
— Art. 110, § 1º	640
— Art. 117	640
— Art. 121, <i>caput</i>	661
— Art. 121, § 2º, II	579, 661
— Art. 121, § 2º, IV e V	214
— Art. 155, § 4º, I, II e IV	558
— Art. 155, § 4º, I e IV	214
— Art. 155, § 4º, III e IV	585
— Art. 157, § 2º, I e II	720, 214
— Art. 157, § 2º, V	214
— Art. 158, §§ 2º e 3º	675
— Art. 168, § 1º, II	302
— Art. 171	602
— Art. 171, § 2º, V	675
— Art. 213	161
— Art. 288, parágrafo único	214
— Arts. 307	214
— Arts. 312 e seguintes	59
— Art. 327	59
— Art. 342, § 1º	640

CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL (Lei n. 5.172/1966)

— Art. 113, § 2º.....	490
— Art. 124, I e II.....	490
— Art. 135	490
— Art. 161, § 1º.....	474

CONSTITUIÇÕES

ESTADUAL – 1989

— Art. 27, VI	233
— Art. 84, XI, c.....	250
— Art. 117	474
— Art. 150	233

FEDERAL – 1988

— Art. 5º, <i>caput</i>	250
— Art. 5º, X.....	504
— Art. 5º, XII.....	675
— Art. 5º, XXIII.....	348
— Art. 5º, XXXV	306
— Art. 5º, XXXVI.....	409
— Art. 5º, XXXIX.....	59
— Art. 5º, XL.....	675
— Art. 5º, XLII	651
— Art. 5º, XLIII.....	651
— Art. 5º, LIV.....	250, 348
— Art. 5º, LV	713, 348
— Art. 5º, LXVII.....	392
— Art. 5º, LXIX.....	250
— Art. 22, I.....	59
— Art. 30, I e V.....	233
— Art. 37, <i>caput</i>	250
— Art. 37, I.....	250
— Art. 37, II.....	525

— Art. 50, XXXIX.....	59
— Art. 93, IX.....	675
— Art. 149-A.....	167
— Art. 170	233
— Art. 173, § 4º.....	233
— Art. 175	233
— Art. 195	143
— Art. 236	474
— Art. 236, § 3º.....	250

CRIME CONTRA A INCOLUMIDADE PÚBLICA

— Posse de arma de fogo com numeração raspada – Absolvição ante advento de lei. Ampliação do prazo para regularização das armas de fogo. Benefício da lei que não alcança armas de uso restrito ou não registráveis. Autoria e materialidade demonstradas. Confissão extrajudicial. Absolvição que não encontra amparo no contexto probatório. Sentença mantida. Recursos desprovidos.	565
---	-----

DESPACHO

— Agravo de instrumento – Ação civil pública. Improbidade administrativa. Inconformismo com a decisão que decretou, liminarmente, a indisponibilidade do patrimônio dos réus, o afastamento do cargo de prefeito e a proibição de nomeação para outro cargo de livre provimento.	
— Pedido de antecipação de tutela para reconduzir ao cargo de prefeito e sustar a constrição dos bens concedida na liminar. Preclusão. Indeferimento.	280
— Habeas corpus – Prisão civil. Cabimento. Depositário judicial que deixou de restituir veículo. Descumprimento. Conduta do depositário e devedor que inverteu em benefício próprio coisa alheia móvel, configurando crime de apropriação indébita qualificada. Indeferimento.....	302

DOCTRINA

- Anotações à Lei n. 11.719/2008 – Maurílio Moreira Leite, Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. 83
- (A inexistência de) controle de constitucionalidade das leis penais em branco: causas e consequências – Francisco de Assis do Rêgo Monteiro Rocha Júnior, Professor de Direito Penal na Unibrasil em Curitiba/PR, Mestre em Direito do Estado, Advogado criminal militante. 59
- Intervenção regulatória e Federação – André R. C. Fontes, Desembargador do TRF 2ª Região (Rio de Janeiro e Espírito Santo)..... 25
- Pluralismo jurídico: um espaço de resistência na construção de direitos humanos – Antonio Carlos Wolkmer, Professor da UFSC, Doutor em Direito. 40

EMBARGOS DE TERCEIRO

- Multipropriedade imobiliária – Penhora de áreas comuns de complexo turístico (garagens e quadras esportivas) por dívida da empresa incorporadora. Construção insubsistente em face dos condôminos. Natureza jurídica do instituto. Caso particular. Recurso provido.348

ESTELIONATO

- Réu que, com auxílio de comparsa, cria empresa de fachada para intermediar e agilizar, na previdência social, processos de aposentadoria a agricultores, prometendo-lhes redução do período contributivo e majoração do valor do benefício – Autoria e materialidade caracterizadas. Absolvição inviável. Condenação mantida. Adequação da pena-base. Possibilidade. Recurso parcialmente provido para este fim.602

ESTELIONATO MEDIANTE FRAUDE A SEGURADORAS

- Agentes que aliciavam pessoas a contratar apólices de seguro e as induziam à automutilação visando ao rateio da indenização – Inépcia da

denúncia. Não ocorrência. Descrição detalhada da conduta de cada agente. Validade das investigações iniciadas por requisição do Ministério Público à autoridade policial competente. Autoria e materialidade comprovadas. Condenação. Concurso material configurado. Recurso da defesa desprovido e parcialmente provido o do Ministério Público.675

FALSO TESTEMUNHO

— Prova destinada a produzir efeito em processo penal – Absolvição pretendida pela defesa. Inaptidão da denúncia. Distorção entre a realidade dos fatos e a versão apresentada pelo acusado. Anulação de ofício do processo a partir da inicial, inclusive. *Reformatio in pejus* indireta. Reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva do Estado retroativa. Extinção da punibilidade que se declara *ex officio*.640

FURTO QUALIFICADO

— Furto tentado triplamente qualificado – Aumento das penas-base pela teoria da migração. Possibilidade. Uma qualificadora aplicada como elementar do tipo penal e outras duas consideradas como circunstâncias judiciais desfavoráveis aos réus. Adequação. Recurso provido.558

— Tentativa de furto – Continuidade delitiva. Agentes que, com uso de chave mixa, entraram em veículos e nada subtraíram à míngua de bens de valor. Impropriedade absoluta do objeto material. Crime impossível caracterizado. Absolvição que se impõe. Recurso provido.585

HABEAS CORPUS

— Paciente condenado pela prática de roubo circunstanciado – Erro quanto ao sujeito passivo. Autor do delito que se identificou como paciente. Farta documentação. Constrangimento ilegal evidenciado. Concessão da ordem para excluir da ação penal os elementos qualificativos próprios do paciente. Nulidade da sentença. Impossibilidade. Equívoco no polo passivo que não macula o julgado. Ordem parcialmente concedida.720

— Prisão em flagrante – Tráfico de entorpecentes, em associação. Impossibilidade de liberdade provisória. Presunção de inocência. Inexistência. Excesso de prazo. Rito especial e multiplicidade de réus. Não ocorrência. Inexistência de constrangimento ilegal. Ordem denegada.651

HOMICÍDIO CULPOSO QUALIFICADO E LESÃO CORPORAL CULPOSA

— Acidente de trânsito – Condutor que, ao realizar conversão proibida, invade pista contrária e colide com a moto ocupada pelas vítimas, as quais transitavam em sua mão de direção. Fato previsível. Prova testemunhal. Imprudência caracterizada. Pretendida absolvição em face de culpa exclusiva das vítimas. Concorrência de culpa. Impossibilidade. Condenação. Pretendida nulidade processual. Cerceamento de defesa ante indeferimento de diligências. Não ocorrência. Adequação da pena acessória. Recurso parcialmente provido.592

HOMICÍDIO QUALIFICADO

— Pronúncia – Tentativa de homicídio qualificado por motivo fútil e porte ilegal de arma. Ofensa ao princípio da identidade física do juiz. Não ocorrência. Absolvição sob a tese de legítima defesa. Impossibilidade. Exclusão do crime de porte ilegal de arma, sob a alegação de que esta possui registro, porém com o porte vencido. Inacolhimento. Recurso parcialmente provido para excluir a qualificadora de motivo fútil.661

INDENIZATÓRIA

— Serviços de telefonia móvel – Promoção “pula-pula”, que previa a concessão de bônus a ser creditado na fatura do mês subsequente se esta fosse paga até o vencimento. Pagamento em atraso. Fatura não enviada pela concessionária. Perda de direito ao bônus. Bloqueio do serviço telefônico sem aviso prévio. Dano moral caracterizado. Arbitramento do valor. Ausência de prova da entrega da fatura. Obrigação de pagamento ao

bônus. Recurso da concessionária parcialmente provido e provido o apelo da consumidora.....	504
---	-----

JÚRI

— Tentativa – Redução de um terço. Pretensão de diminuição em fração maior. Agente que realizou quase integralmente conduta típica do crime de homicídio. Sentença fundamentada no particular. Impossibilidade. Recurso desprovido.	579
--	-----

LEGISLAÇÃO ESTADUAL

DECRETO

— N. 2.870/2001 Art. 46, anexo 7	490
---	-----

LEIS

— N. 10.297/1996	490
— N. 10.297/1996 Art. 69	474

LEGISLAÇÃO FEDERAL

DECRETO

— N. 20.910/1932 Art. 1º.....	525
--	-----

DECRETOS-LEIS

— N. 201/1967	280
— N. 911/1969 Arts. 2º, § 2º.....	392
— N. 1.940/1982	143
— N. 2.322/1987 Art. 3º.....	539
— N. 4.657/1942	<i>Vide</i> Lei de Introdução ao Código Civil.

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. 5.172/1966	<i>Vide</i> Código Tributário Nacional.	
— N. 6.015/1973	<i>Vide</i> Lei dos Registros Públicos.	
— N. 6.368/1976	<i>Vide</i> Lei Antitóxicos.	
— N. 6.404/1976	Art. 31	409
— N. 6.404/1976	Art. 233, parágrafo único	409
— N. 6.404/1976	Art. 287, II, <i>g</i>	409
— N. 6.938/1981	Art. 3º.....	439
— N. 7.787/1989	Art. 7º.....	143
— N. 7.894/1989	Art. 1º.....	143
— N. 8.078/1990	<i>Vide</i> Código de Defesa do Consumidor.	
— N. 8.147/1990	Art. 1º.....	143
— N. 8.213/1991	Art. 11, VII.....	539
— N. 8.213/1991	Art. 41-A	539
— N. 8.213/1991	Art. 42	539
— N. 8.213/1991	Art. 43	539
— N. 8.213/1991	Art. 59	539
— N. 8.213/1991	Art. 62	539
— N. 8.429/1992	Art. 20, parágrafo único	280
— N. 8.620/1993	Art. 8º.....	539
— N. 8.884/1994	Art. 1º.....	233
— N. 8.935/1994	Art. 8º.....	392
— N. 8.935/1994	Art. 9º.....	392
— N. 8.987/1995		233
— N. 9.028/1995	Art. 6º, § 2º	539
— N. 9.099/1995	Art. 8º.....	203
— N. 9.099/1995	Art. 55	729
— N. 9.296/1996	Art. 2º.....	675
— N. 9.296/1996	Art. 6º.....	675
— N. 9.437/1997		675
— N. 9.492/1997	Art. 15	392
— N. 9.494/1997	Art. 1º- <i>C</i>	409

— N. 9.494/1997	Art. 1º-F.....	525
— N. 9.503/1997	<i>Vide</i> Código de Trânsito Brasileiro.	
— N. 9.605/1998	Art. 54.....	59
— N. 9.711/1998	Art. 10.....	539
— N. 9.784/1999		430
— N. 10.054/2000		720
— N. 10.259/2001	Art. 3º, § 1º, III.....	203
— N. 10.259/2001	Art. 6º, II.....	203
— N. 10.303/2001		409
— N. 10.406/2002		474
— N. 10.826/2003	Art. 10.....	661
— N. 10.826/2003	Art. 12.....	675
— N. 10.826/2003	Art. 14, <i>caput</i>	214
— N. 10.826/2003	Art. 14.....	713, 675, 661
— N. 10.826/2003	Art. 16, parágrafo único, IV.....	565
— N. 10.826/2003	Art. 30.....	565, 675
— N. 10.826/2003	Art. 32.....	565, 675
— N. 10.884/2004.....		675
— N. 10.910/2004	Art. 17.....	539
— N. 11.118/2005.....		675
— N. 11.191/2005.....		675
— N. 11.232/2005.....		316
— N. 11.343/2006	Art. 28, II, § 3º.....	565
— N. 11.343/2006	Art. 33.....	651
— N. 11.343/2006	Art. 34.....	651
— N. 11.343/2006	Art. 35.....	651
— N. 11.343/2006	Art. 37.....	651
— N. 11.343/2006	Art. 44, <i>caput</i>	651
— N. 11.382/2006.....		348
— N. 11.430/2006.....		539
— N. 11.690/2008.....		675, 720

— N. 11.706/2008	565, 675
— N. 11.719/2008	83

LEGISLAÇÃO MUNICIPAL

DECRETO

— N. 10.743/2002 (Joinville).....	233
-----------------------------------	-----

LEIS

— N. 2.305/1990 (Canoinhas) Art. 152, I e X	465
— N. 3.536/1997 (Joinville).....	233

LEI ANTITÓXICOS (lei n. 6.368/1976)

— Art. 12	651
-----------------	-----

LEI DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA (Lei n. 1.060/1950)

— Art. 3º, V	306
— Art. 12	316

LEI DE CONDOMÍNIO (Lei n. 4.591/1964)

— Art. 1º, § 2º	348
— Art. 6º	348

LEI DE INTRODUÇÃO AO CÓDIGO CIVIL (Decreto-lei n. 4.657/1942)

— Art. 4º	504
— Art. 5º	504

LEI DO MANDADO DE SEGURANÇA (Lei n. 1.533/1951)

— Art. 6º, parágrafo único.....	250
— Art. 7º, I.....	250
— Art. 8º.....	250
— Art. 10	250

LEI DOS REGISTROS PÚBLICOS (Lei n. 6.015/1973)

— Art. 129, § 6º	337
— Art. 214	328
— Art. 216	328

LEIS COMPLEMENTARES

— N. 7/2002 (Município de São José)	167
— N. 70/1991 (Federal)	143
— N. 73/1993 (Federal) Art. 35	539
— N. 73/1993 (Federal) Art. 38	539
— N. 155/1997 (Estadual)	
N. 4 das notas gerais da tabela que se constitui no anexo.	579
— N. 156/1997 (Estadual)	525
— N. 156/1997 (Estadual) Art. 33, parágrafo único	539
— N. 156/1997 (Estadual) Art. 35, i	465
— N. 161/1997 (Estadual)	465, 525, 539

MANDADO DE SEGURANÇA

— Responsabilidade tributária – Exigência, pelo Fisco, de termo de fiança subscrito pelos sócios de empresa e responsáveis pela produção de aplicativos de controle fiscal, a fim de prevenir fraudes na elaboração de softwares dessa natureza. Tentativa indevida de ampliação da sujeição passiva, na hipótese, sem arrimo em lei. Exigência que transborda dos contornos da legalidade, sobretudo por não se tratar de simples obrigação acessória. Recurso provido.	490
— Servidor público – Valores pagos a mais pela Administração. Erro imputável ao próprio ente público. Boa-fé do beneficiado. Restituição indevida. Ordem concedida.	430

MEDIDAS PROVISÓRIAS

— N. 174/2004	675
---------------------	-----

— N. 229/2004	675
— N. 253/2005	675
— N. 316//2006.....	539
— N. 417/2008	565, 675
— N. 1.415/1996 Art. 8º.....	539
— N. 2.180-35/2001	539

NOTICIÁRIO

— Discurso de posse do Des. João Eduardo Souza Varella no cargo de Presidente do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.....	121
— Discurso de posse do Dr. Joel Dias Figueira Júnior no cargo de Desembargador do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.....	126

PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO

— Processo penal – Acusado que não foi cientificado para a audiência de instrução. Situação agravada pela renúncia do defensor constituído. Réu não intimado para constituir novo advogado. Providência adotada após fase instrutória. Cerceamento de defesa. Nulidade absoluta reconhecida de ofício.	713
---	-----

RECURSO

— Agravo em agravo de instrumento – Recurso interposto via protocolo unificado. Isenção à Fazenda Pública que não se estende ao referido serviço. Necessidade de pagamento. Intempestividade. Recurso desprovido.....	267
— Agravo de instrumento – Ação cominatória de obrigação de não fazer e indenizatória. Concessão de tutela antecipada. Multa fixada em cem mil reais por ato proibido. Execução. Ação proposta sem a prolação da sentença. Impossibilidade. Inexistência do título executivo. Inexigibilidade do suposto título. Necessidade de caução, caso admissível o processo de execução. Garantia não ofertada. Extinção da execução. Recurso provido. ..	316

- Agravo de instrumento – Indenizatória. Lesão causada em passageira que, ao descer do ônibus, prende o dedo em parafuso frouxo da porta. Concessão de tutela antecipada para custeio de despesas médicas. Prova pericial requerida por ambas as partes. Autora beneficiária da justiça gratuita. Observância dos princípios do acesso à justiça e da proporcionalidade. Recurso desprovido.306
- Agravo de instrumento – Decisão que não conheceu o recurso de apelação. Inconformismo. Apelo remetido via sedex tempestivamente. Acolhimento. Aferição de data e horário da postagem. Resolução conjunta n. 04/2005. Recurso provido.377
- Agravo em agravo de instrumento – Busca e apreensão. Ação revisional. Conexão reconhecida. Manifesta improcedência declarada em decisão monocrática. Inteligência do art. 557, *caput*, do CPC. Recurso desprovido. 554
- Agravo de instrumento – Pedido de decretação de nulidade de registro imobiliário. Vício por falta da assinatura do tabelião no título. Nulidade da escritura. Necessidade de processo contencioso. Recurso desprovido.328
- Agravo de instrumento – Ação declaratória conexa a demanda cautelar. Sentença única para os dois feitos. Interposição de um só recurso para ambos os processos. Recolhimento de único preparo. Decisão interlocutória que não recebe a apelação referente à cautelar. Insurgência. Pressuposto de admissibilidade do apelo presente. Recebimento do recurso. Decisão reformada. Recurso provido.....388
- Agravo regimental – Mandado de segurança. Concurso público para ingresso nas atividades notarial e de registro. Inscrições supostamente realizadas fora do prazo previsto no edital. Ampliação do universo competitivo do certame. Ausência de prova. Inscrições deferidas dentro do prazo editalício. Formalização na manhã seguinte em face do elevado número de inscritos no último dia. Indeferimento. Recurso desprovido.250

REGIMENTO INTERNO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

— Art. 150	525
— Art. 195	250

RESOLUÇÃO DA ANATEL

— N. 316/2002	Art. 38	504
— N. 316/2002	Art. 43	504
— N. 316/2002	Art. 44	504

RESOLUÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

— N. 84/2007	Art. 4º	388
--------------	---------------	-----

SENTENÇA

— Ação de reparação de danos morais – Empresa de linhas aéreas. Cancelamento de voo. Atraso considerável no embarque. Falta de informações da empresa aérea aos passageiros. Pernoite em saguão de aeroporto. Alegação, entre outras, de circunstâncias meteorológicas adversas para o cancelamento do voo. Dever de indenizar. Ação procedente.	729
---	-----

SÚMULA – STJ

— N. 21	214
— N. 85	525
— N. 105	430
— N. 111	539
— N. 308	348
— N. 362	504

SÚMULAS – STF

— N. 339	525
----------------	-----

— N. 343	143
— N. 512	430
— N. 619	302
— N. 685	525

TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO

—	<i>Vide</i> Homicídio qualificado.
---------	------------------------------------

ÍNDICE ONOMÁSTICO

Altamiro de Oliveira.....	554
André R. C. Fontes.....	25
Antonio Carlos Wolkmer	40
Carlos Alberto Civinski	302, 267, 280
Castro Moreira	203
Domingos Paludo.....	272
Ellen Gracie.....	143
Fernando Carioni	337, 328
Francisco de Assis do Rêgo Monteiro Rocha Júnior	59
Irineu João da Silva.....	602, 592, 651
Jane Silva.....	214
Jânio Machado	525, 504, 539
João Eduardo Souza Varella	121
João Henrique Blasi.....	409, 405
Joel Dias Figueira Júnior.....	126
José Carlos Carstens Köhler.....	392, 388
Léo Rosa de Andrade.....	116
Maria do Rocio Luz Santa Ritta	250, 348
Maria Thereza de Assis Moura	233
Maurílio Moreira Leite.....	83
Moacyr de Moraes Lima Filho.....	675
Monteiro Rocha	381, 377
Newton Trisotto	463
Ricardo Lewandowski	161, 167
Ricardo Roesler	474, 490
Roberto Lepper	729

Roberto Lucas Pacheco.....	713, 720
Sérgio Izidoro Heil	306, 316
Sérgio Paladino.....	579, 585
Sérgio Roberto Baasch Luz.....	465, 430
Silveira Lenzi.....	105
Solon d'Eça Neves	565, 558
Tulio Pinheiro	640, 661
Vanderlei Romer	439, 233

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA

Diretoria de Documentação e Informações

Divisão de Documentação

Adelson André Brüggemann

Seção de Revisão

Osvaci Amaro Venâncio Júnior

Índice numérico e legislativo

Jorge Silveira

Índice por assunto

José Leopoldo Abatti

Projeto gráfico e direção de arte

Cláudio Trindade

Editoração Eletrônica

Dimensão Comunicação e Marketing

Montagem, impressão e acabamento: Divisão de Artes Gráficas/DIE