

**JURISPRUDÊNCIA
CATARINENSE**

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

Ano XXXVIII — 4^o trimestre de 2010 e 1^o trimestre de 2011 — N. 122 — Florianópolis — SC — 2013

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 expendido 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. Cláudio Barreto Dutra

Comissão Permanente de Jurisprudência (Portaria n. 89/2012-GP)

Des. Sérgio Torres Paladino – Presidente

Des. Jaime Ramos

Des. Sérgio Izidoro Heil

Diretor de Documentação e Informações

Alberto Pizzolatti Remor

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

SUMÁRIO

9 COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

NOTICIÁRIO

- 25 Discurso proferido pelo Desembargador Trindade dos Santos, Presidente do Tribunal de Justiça em saudação aos cinco novos Desembargadores empossados no Tribunal de Justiça de Santa Catarina
- 28 Discurso de posse da Dra. Soraya Nunes Lins, no cargo de Desembargadora do Tribunal de Justiça de Santa Catarina
- 31 Discurso de posse da Dra. Sônia Maria Schmitz, no cargo de Desembargadora do Tribunal de Justiça de Santa Catarina
- 36 Discurso de posse do Dr. Paulo Roberto Camargo Costa, no cargo de Desembargador do Tribunal de Justiça de Santa Catarina
- 39 Discurso de posse do Dr. Henry Goy Petry Júnior, no cargo de Desembargador do Tribunal de Justiça de Santa Catarina
- 42 Discurso de posse do Dr. Raulino Jacó Brüning, no cargo de Desembargador do Tribunal de Justiça de Santa Catarina
- 46 Discurso proferido pelo Desembargador Trindade dos Santos, Presidente do Tribunal de Justiça em saudação aos quatro novos Desembargadores empossados no Tribunal de Justiça de Santa Catarina
- 49 Discurso de posse do Dr. Roberto Lucas Pacheco, no cargo de Desembargador do Tribunal de Justiça de Santa Catarina
- 52 Discurso de posse do Dr. Jairo Fernandes Gonçalves, no cargo de Desembargador do Tribunal de Justiça de Santa Catarina
- 56 Discurso de posse do Dr. Jaime Luiz Vicari, no cargo de Desembargador do Tribunal de Justiça de Santa Catarina
- 59 Discurso de posse do Dr. José Inácio Schaefer, no cargo de Desembargador do Tribunal de Justiça de Santa Catarina

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

- 63 Agravo Regimental no Agravo de Instrumento
- 68 Agravo Regimental no Recurso Extraordinário
- 73 *Habeas Corpus*

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

- 85 Recurso Especial
- 94 Recursos em Mandado de Segurança

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA

ÓRGÃO ESPECIAL

- 121 Mandado de Segurança

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO COMERCIAL

- 130 Embargos Infringentes

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

- 135 Agravo de Instrumento
- 142 Apelações Cíveis

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

- 176 Apelações Cíveis

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

- 222 Apelações Cíveis

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

- 236 Agravo de Instrumento
- 242 Apelação Cível

QUARTA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

- 249 Apelações Cíveis

QUINTA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

- 321 Apelação Cível

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

- 340 Apelação Cível
- 352 Apelação Cível em Mandado de Segurança

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

- 368 Apelações Cíveis

QUARTA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

- 388 Apelações Cíveis

PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL

429 Apelações Criminais

488 *Habeas Corpus*

SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL

499 Apelação Criminal

TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL

522 Apelação criminal

566 *Habeas Corpus*

573 Recurso de Agravo

581 Recurso Criminal

TERCEIRA VICE-PRESIDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

597 Agravo Regimental

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

619 **ÍNDICE NUMÉRICO**

625 **ÍNDICE POR ASSUNTO**

647 **ÍNDICE ONOMÁSTICO**

COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(julho de 2012)

Presidente

Des. CLÁUDIO BARRETO DUTRA

Primeiro Vice-Presidente

Des. SÉRGIO Torres PALADINO

Segundo Vice-Presidente

Des. SÉRGIO Roberto BAASCH LUZ

Terceiro Vice-Presidente

Des. RUI Francisco Barreiros FORTES

Corregedor-Geral da Justiça

Des. VANDERLEI ROMER

Vice-Corregedora-Geral da Justiça

Desa. SALETE SILVA SOMMARIVA

Des. CARLOS PRUDÊNCIO

Des. José GASPAR RUBICK

Des. PEDRO MANOEL ABREU

Des. José TRINDADE DOS SANTOS

Des. NEWTON TRISOTTO

Des. LUIZ CÉZAR MEDEIROS

Des. ELÁDIO TORRET ROCHA

Des. NELSON Juliano SCHAEFER MARTINS

Des. JOSÉ VOLPATO DE SOUZA

Des. Antonio do Rêgo MONTEIRO ROCHA

Des. FERNANDO CARIONI

Des. José Antônio TORRES MARQUES

Des. LUIZ CARLOS FREYESLEBEN

Des. MARCUS TULIO SARTORATO

Des. CESAR Augusto Mimoso Ruiz ABREU

Des. RICARDO Orofino da Luz FONTES

Des. SALIM SCHEAD DOS SANTOS

Desa. MARIA DO ROCIO LUZ SANTA RITTA
Des. CID José GOULART Junior
Des. JAIME RAMOS
Des. ALEXANDRE d'IVANENKO
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
Desa. SORAYA NUNES LINS
Desa. SÔNIA MARIA SCHMITZ
Des. PAULO ROBERTO CAMARGO COSTA
Des. HENRY Goy PETRY JUNIOR
Des. RAULINO JACÓ BRÜNING
Des. ROBERTO LUCAS PACHECO
Des. JAIRO FERNANDES GONÇALVES
Des. JAIME LUIZ VICARI
Des. JOSÉ INÁCIO SCHAEFER
Des. JOÃO BATISTA GÓES ULYSSÉA
Des. RONEI DANIELLI
Des. LUIZ FERNANDO BOLLER
Des. PAULO ROBERTO SARTORATO
Des. TULIO José Moura PINHEIRO
Des. CARLOS ALBERTO CIVINSKI
Des. RONALDO MORITZ MARTINS DA SILVA
Des. RICARDO José ROESLER
Des. ROBSON LUZ VARELLA

Juiz de Direito de Segundo Grau DOMINGOS PALUDO
Juiz de Direito de Segundo Grau PAULO HENRIQUE MORITZ MARTINS DA SILVA
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 RODOLFO Cezar Ribeiro da Silva TRIDAPALLI
Juiz de Direito de Segundo Grau ODSOSON CARDOSO FILHO
Juiz de Direito de Segundo Grau JOSÉ EVERALDO SILVA
Juiz de Direito de Segundo Grau VOLNEI CELSO TOMAZINI
Juiz de Direito de Segundo Grau LEOPOLDO AUGUSTO BRÜGGEMANN
Juiz de Direito de Segundo Grau JÚLIO CÉSAR KNOLL
Juíza de Direito de Segundo Grau JANICE GOULART GARCIA UBIALLI
Juíza de Direito de Segundo Grau CLÁUDIA LAMBERT DE FARIA
Juiz de Direito de Segundo Grau FRANCISCO JOSÉ RODRIGUES DE OLIVEIRA NETO
Juíza de Direito de Segundo Grau CINTHIA BEATRIZ DA SILVA BITTENCOURT
SCHAEFER
Juiz de Direito de Segundo Grau JORGE LUIS COSTA BEBER
Juiz de Direito de Segundo Grau GUILHERME NUNES BORN
Juiz de Direito de Segundo Grau EDUARDO MATTOS GALLO JÚNIOR
Juiz de Direito de Segundo Grau LUIZ ZANELATO
Juiz de Direito de Segundo Grau DINART FRANCISCO MACHADO
Juiz de Direito de Segundo Grau GERSON CHEREM II

ÓRGÃOS JULGADORES

TRIBUNAL PLENO

Des. CLÁUDIO BARRETO DUTRA - Presidente
Des. CARLOS PRUDÊNCIO
Des. José GASPARETTO RUBICK
Des. PEDRO MANOEL ABREU
Des. José TRINDADE DOS SANTOS
Des. NEWTON TRISOTTO

Des. SÉRGIO Torres PALADINO
Des. LUIZ CÉZAR MEDEIROS
Des. VANDERLEI ROMER
Des. ELÁDIO TORRET ROCHA
Des. NELSON Juliano SCHAEFER MARTINS
Des. JOSÉ VOLPATO DE SOUZA
Des. SÉRGIO Roberto BAASCH LUZ
Des. Antonio do Rêgo MONTEIRO ROCHA
Des. FERNANDO CARIONI
Des. José Antônio TORRES MARQUES
Des. LUIZ CARLOS FREYESLEBEN
Des. RUI Francisco Barreiros FORTES
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 Junior
Des. JAIME RAMOS
Des. ALEXANDRE d'IVANENKO
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
Desa. SORAYA NUNES LINS
Desa. SÔNIA MARIA SCHMITZ
Des. PAULO ROBERTO CAMARGO COSTA

Des. HENRY Goy PETRY JUNIOR
Des. RAULINO JACÓ BRÜNING
Des. ROBERTO LUCAS PACHECO
Des. JAIRO FERNANDES GONÇALVES
Des. JAIME LUIZ VICARI
Des. JOSÉ INÁCIO SCHAEFER
Des. JOÃO BATISTA GÓES ULYSSÉA
Des. RONEI DANIELLI
Des. LUIZ FERNANDO BOLLER
Des. PAULO ROBERTO SARTORATO
Des. TULIO José Moura PINHEIRO
Des. CARLOS ALBERTO CIVINSKI
Des. RONALDO MORITZ MARTINS DA SILVA
Des. RICARDO José ROESLER
Des. ROBSON LUZ VARELLA

ÓRGÃO ESPECIAL

Des. CLÁUDIO BARRETO DUTRA - Presidente
Des. CARLOS PRUDÊNCIO
Des. José GASPAS RUBICK
Des. PEDRO MANOEL ABREU
Des. NEWTON TRISOTTO
Des. SÉRGIO Torres PALADINO
Des. VANDERLEI ROMER
Des. NELSON Juliano SCHAEFER MARTINS
Des. JOSÉ VOLPATO DE SOUZA
Des. SÉRGIO Roberto BAASCH LUZ
Des. FERNANDO CARIONI
Des. José Antônio TORRES MARQUES (Substituindo o Des. José TRINDADE DOS SANTOS)
Des. LUIZ CARLOS FREYESLEBEN (Substituindo o Des. LUIZ CÉZAR MEDEIROS)
Des. RUI Francisco Barreiros FORTES (Substituindo o Des. ELÁDIO TORRET ROCHA)
Des. MARCUS TULIO SARTORATO
Des. RICARDO Orofino da Luz FONTES
Des. SALIM SCHEAD DOS SANTOS
Des. JAIME RAMOS
Des. LÉDIO ROSA DE ANDRADE

Des. SÉRGIO IZIDORO HEIL
Des. JOÃO HENRIQUE BLASI
Des. JÂNIO de Souza MACHADO
Des. PAULO ROBERTO CAMARGO COSTA (Substituindo o Des. JOSÉ INÁCIO SCHAEFER)
Des. RAULINO JACÓ BRÜNING
Des. JAIME LUIZ VICARI

CONSELHO DA MAGISTRATURA

Des. CLÁUDIO BARRETO DUTRA – Presidente
Des. SÉRGIO Torres PALADINO – 1º Vice-Presidente
Des. VANDERLEI ROMER – Corregedor-Geral da Justiça
Des. SÉRGIO Roberto Baasch LUZ – 2º Vice-Presidente
Des. RUI Francisco Barreiros FORTES – 3º Vice-Presidente
Desa. SALETE SILVA SOMMARIVA – Vice-Corregedora -Geral da Justiça
Des. JOSÉ VOLPATO DE SOUZA
Des. JORGE HENRIQUE SCHAEFER MARTINS
Desa. SORAYA NUNES LINS
Des. HENRY Goy PETRY JUNIOR
Des. ROBERTO LUCAS PACHECO
Des. JOÃO BATISTA GÓES ULYSSÉA

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO CIVIL

Des. CARLOS PRUDÊNCIO – Presidente
Des. NELSON Juliano SCHAEFER MARTINS
Des. FERNANDO CARIONI
Des. LUIZ CARLOS FREYESLEBEN
Des. MARCUS TULLIO SARTORATO
Desa. MARIA DO ROCIO LUZ SANTA RITTA
Des. VICTOR José Sebem FERREIRA
Des. SÉRGIO IZIDORO HEIL
Des. JOEL DIAS FIGUEIRA JÚNIOR
Desa. SÔNIA MARIA SCHMITZ
Des. JAIRO FERNANDES GONÇALVES
Des. JAIME LUIZ VICARI
Des. LUIZ FERNANDO BOLLER

Juiz de Direito de Segundo Grau PAULO HENRIQUE MORITZ MARTINS DA SILVA (Substituindo o Des. RONEI DANIELLI)

Juíza de Direito de Segundo Grau DENISE VOLPATO (Substituindo o Des. José TRINDADE DOS SANTOS)

Juiz de Direito de Segundo Grau STANLEY DA SILVA BRAGA

Juiz de Direito de Segundo Grau SAUL STEIL (Substituindo o Des. HENRY Goy PETRY JUNIOR)

Juiz de Direito de Segundo Grau ODSON CARDOSO FILHO (Substituindo o Des. Antonio do Rêgo MONTEIRO ROCHA)

Juíza de Direito de Segundo Grau CINTHIA BEATRIZ DA SILVA BITTENCOURT SCHAEFER (Substituindo o Des. JOEL Dias FIGUEIRA JÚNIOR)

Juiz de Direito de Segundo Grau JORGE LUIS COSTA BEBER (Substituindo o Des. ELÁDIO TORRET ROCHA)

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO COMERCIAL

Des. RICARDO Orofino da Luz FONTES – Presidente

Des. SALIM SCHEAD DOS SANTOS

Des. LÉDIO ROSA DE ANDRADE

Des. José Carlos CARSTENS KÖHLER

Des. CLÁUDIO VALDYR HELFENSTEIN

Desa. REJANE ANDERSEN

Des. RODRIGO ANTÔNIO da Cunha

Des. JÂNIO de Souza MACHADO

Desa. SORAYA NUNES LINS

Des. PAULO ROBERTO CAMARGO COSTA

Des. RAULINO JACÓ BRÜNING

Des. JOSÉ INÁCIO SCHAEFER

Des. TULIO José Moura PINHEIRO

Des. RONALDO MORITZ MARTINS DA SILVA

Des. ROBSON Luz VARELLA

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO

Des. José GASPAR RUBICK – Presidente

Des. PEDRO Manoel ABREU

Des. NEWTON TRISOTTO

Des. NELSON Juliano SCHAEFER MARTINS

Des. JOSÉ VOLPATO DE SOUZA

Des. CID José GOULART Junior
Des. JAIME RAMOS
Des. JOÃO HENRIQUE BLASI
Des. JORGE LUIZ DE BORBA
Desa SÔNIA MARIA SCHMITZ
Juiz de Direito de Segundo Grau CARLOS ADILSON SILVA (Substituindo o Des. CESAR Augusto Mimoso Ruiz ABREU)
Juíza de Direito de Segundo Grau JANICE GOULART GARCIA UBIALLI (Substituindo o Des. LUIZ CÉZAR MEDEIROS)

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Des. CARLOS PRUDÊNCIO – Presidente
Juíza de Direito de Segundo Grau DENISE VOLPATO (Substituindo o Des. 3º Membro)
Juíza de Direito de Segundo Grau CINTHIA BEATRIZ DA SILVA BITTENCOURT SCHAEFER (Substituindo o Des. JOEL DIASFIGUEIRA JÚNIOR)
Juíza de Direito de Segundo Grau DENISE VOLPATO (Cooperadora)

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Des. LUIZ CARLOS FREYESLEBEN – Presidente
Des. JOÃO BATISTA GÓES ULYSSÉA
Juíza de Direito de Segundo Grau DENISE VOLPATO (Substituindo o Des. José TRINDADE DOS SANTOS)
Juiz de Direito de Segundo Grau GILBERTO GOMES DE OLIVEIRA (Cooperador)

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Des. FERNANDO CARIONI – Presidente
Des. MARCUS TULIO SARTORATO
Desa. MARIA DO ROCIO LUZ SANTA RITTA
Juiz de Direito de Segundo Grau SAUL STEIL (Cooperador)

QUARTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Des. ELÁDIO TORRET ROCHA – Presidente
Des. VICTOR José Sebem FERREIRA
Des. LUIZ FERNANDO BOLLER
Juiz de Direito de Segundo Grau JORGE LUIS COSTA BEBER (Cooperador)

QUINTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Des. Antonio do Rêgo MONTEIRO ROCHA – Presidente

Des. JAIRO FERNANDES GONÇALVES

Juiz de Direito de Segundo Grau SAUL STEIL (Substituindo o Des. HENRY Goy PETRY JUNIOR)

Juiz de Direito de Segundo Grau ODSON CARDOSO FILHO (Cooperador)

SEXTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Des. JAIME LUIZ VICARI – Presidente

Des. RONEI DANIELLI

Juiz de Direito de Segundo Grau STANLEY DA SILVA BRAGA

Juíza de Direito de Segundo Grau CINTHIA BEATRIZ DA SILVA BITTENCOURT SCHAEFER (Cooperadora)

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Des. RICARDO Orofino da Luz FONTES – Presidente

Des. SALIM SCHEAD DOS SANTOS

Juíza de Direito de Segundo Grau JANICE GOULART GARCIA UBIALLI (substituindo o Des. RODRIGO ANTÔNIO da Cunha)

Juíza de Direito de Segundo Grau JANICE GOULART GARCIA UBIALLI (Cooperadora)

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Desa. REJANE ANDERSEN – Presidente

Des. RAULINO JACÓ BRÜNING

Des. ROBSON Luz VARELLA

Juiz de Direito de Segundo Grau GUILHERME NUNES BORN (Cooperador)

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Des. PAULO ROBERTO CAMARGO COSTA – Presidente

Des. TULIO José Moura PINHEIRO

Des. RONALDO MORITZ MARTINS DA SILVA

Juiz de Direito de Segundo Grau JÚLIO CÉSAR KNOLL (Cooperador)

QUARTA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Des. LÉDIO ROSA DE ANDRADE – Presidente

Des. José Carlos CARSTENS KÖHLER
Des. JOSÉ INÁCIO SCHAEFER
Juiz de Direito de Segundo Grau ALTAMIRO DE OLIVEIRA (Cooperador)

QUINTA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Des. CLÁUDIO VALDYR HELFENSTEIN – Presidente
Des. JÂNIO de Souza MACHADO
Desa. SORAYA NUNES LINS
Juiz de Direito de Segundo Grau GUILHERME NUNES BORN (Cooperador)

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Des. José GASPAR RUBICK – Presidente
Des. NEWTON TRISOTTO
Des. JORGE LUIZ DE BORBA
Juiz de Direito de Segundo Grau PAULO HENRIQUE MORITZ MARTINS DA SILVA
(Cooperador)

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Des. JOÃO HENRIQUE BLASI – Presidente
Des. NELSON Juliano SCHAEFER MARTINS
Des. CID José GOULART Junior
Juiz de Direito de Segundo Grau FRANCISCO JOSÉ RODRIGUES DE OLIVEIRA
NETO (Cooperador)

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Des. PEDRO MANOEL ABREU – Presidente
Juiz de Direito de Segundo Grau CARLOS ADILSON SILVA (Substituindo o Des.
CESAR Augusto Mimoso Ruiz ABREU)
Juíza de Direito de Segundo Grau JANICE GOULART GARCIA UBIALLI (Substituindo
o Des. LUIZ CÉZAR MEDEIROS)
Juiz de Direito de Segundo Grau CARLOS ADILSON SILVA (Cooperador)

QUARTA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Des. JOSÉ VOLPATO DE SOUZA – Presidente
Des. JAIME RAMOS
Desa. SÔNIA MARIA SCHMITZ
Juiz de Direito de Segundo Grau RODRIGO Tolentino de Carvalho COLLAÇO
(Cooperador)

CÂMARA CIVIL ESPECIAL

Des. RUI Francisco Barreiros FORTES – Presidente

Juiz de Direito de Segundo Grau DOMINGOS PALUDO

Juiz de Direito de Segundo Grau RODOLFO Cezar Ribeiro da Silva TRIDAPALLI

Juíza de Direito de Segundo Grau CLÁUDIA LAMBERT DE FARIA

Juiz de Direito de Segundo Grau JORGE LUIS COSTA BEBER

SEÇÃO CRIMINAL

Des. José Antônio TORRES MARQUES – Presidente

Des. ALEXANDRE d'IVANENKO

Des. MOACYR DE MORAES LIMA FILHO

Des. JORGE Henrique SCHAEFER MARTINS

Desa. MARLI MOSIMANN VARGAS

Des. SÉRGIO IZIDORO HEIL

Des. CARLOS ALBERTO CIVINSKI

Des. RICARDO José ROESLER

Juiz de Direito de Segundo Grau NEWTON VARELLA JÚNIOR (Substituindo o Des. PAULO ROBERTO SARTORATO)

Juiz de Direito de Segundo Grau JOSÉ EVERALDO SILVA

Juiz de Direito de Segundo Grau FRANCISCO JOSÉ RODRIGUES DE OLIVEIRA NETO (Substituindo a Desa. SALETE SILVA SOMMARIVA)

Juíza de Direito de Segundo Grau CINTHIA BEATRIZ DA SILVA BITTENCOURT SCHAEFER (Substituindo o Des. ROBERTO LUCAS PACHECO)

PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL

Desa. MARLI MOSIMANN VARGAS – Presidente

Des. CARLOS ALBERTO CIVINSKI

Juiz de Direito de Segundo Grau NEWTON VARELLA JÚNIOR (Substituindo o Des. PAULO ROBERTO SARTORATO)

Juiz de Direito de Segundo Grau NEWTON VARELLA JÚNIOR (Cooperador)

SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL

Des. SÉRGIO IZIDORO HEIL – Presidente

Des. RICARDO José ROESLER

Juiz de Direito de Segundo Grau FRANCISCO JOSÉ RODRIGUES DE OLIVEIRA NETO (Substituindo a Desa. SALETE SILVA SOMMARIVA)

Juiz de Direito de Segundo Grau VOLNEI CELSO TOMAZINI (Cooperador)

TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL

Des. José Antônio TORRES MARQUES – Presidente

Des. ALEXANDRE d'IVANENKO

Des. MOACYR DE MORAES LIMA FILHO

Juiz de Direito de Segundo Grau LEOPOLDO AUGUSTO BRÜGGEMANN
(Cooperador)

QUARTA CÂMARA CRIMINAL

Des. JORGE Henrique SCHAEFER MARTINS – Presidente

Juiz de Direito de Segundo Grau JOSÉ EVERALDO SILVA

Juíza de Direito de Segundo Grau CINTHIA BEATRIZ DA SILVA BITTENCOURT
SCHAEFER (Substituindo o Des. ROBERTO LUCAS PACHECO)

Juíza de Direito de Segundo Grau CINTHIA BEATRIZ DA SILVA BITTENCOURT
SCHAEFER (Cooperadora)

JUÍZES CORREGEDORES

Juiz-Corregedor VITORALDO BRIDI

Juiz-Corregedor ANTÔNIO ZOLDAN DA VEIGA

Juiz-Corregedor LUIZ CESAR SCHWEITZER

Juiz-Corregedor DAVIDSON JAHN MELLO

Juiz-Corregedor ALEXANDRE KARAZAWA TAKASCHIMA

COORDENADORIA DE MAGISTRADOS

Juiz MARCELO PIZOLATI

CHEFE DE GABINETE DA PRESIDÊNCIA

RICARDO ALBINO FRANÇA

DIRETORIA-GERAL ADMINISTRATIVA

CLEVERSON OLIVEIRA

DIRETORIA-GERAL JUDICIÁRIA

MAURÍCIO WALENDOWSKY SPRÍCIGO

NOTICIÁRIO

**DISCURSO PROFERIDO PELO DESEMBARGADOR
TRINDADE DOS SANTOS, PRESIDENTE DO TRIBUNAL
DE JUSTIÇA, EM SAUDAÇÃO AOS CINCO NOVOS
DESEMBARGADORES EMPOSSADOS NO TRIBUNAL DE
JUSTIÇA DE SANTA CATARINA**

“Excelentíssimo Senhor Erivaldo Nunes Caetano Júnior – Secretário de Estado de Coordenação e Articulação, representando o Governador do Estado de Santa Catarina, Excelentíssimo Senhor José Eduardo Orofino da Luz Fontes – Procurador-Geral de Justiça em exercício, Doutor Márcio Luiz Fogaça Vicari – Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil de Santa Catarina em exercício, os quais cumprimento em nome das demais autoridades já nominadas. Excelentíssimos Senhores Desembargadores, Desembargadores aposentados, Magistrados, membros do Ministério Público, Advogados, familiares dos Desembargadores empossados, Servidores e demais autoridades aqui presentes. Senhoras e Senhores. Testemunhamos nesta solenidade um momento de especial renovação desta Corte, com a posse de cinco novos Desembargadores uma semana depois de termos recebido quatro Magistrados nesta Casa julgadora, resultado do comprometimento permanente do Poder Judiciário com a melhoria no serviço público. É fundamental que a magistratura guarde laços firmes com a liberdade, sobretudo defendendo a supremacia da Constituição Federal, que representa o compromisso soberano de garantia contra os abusos do poder, pois, em um Estado Democrático de Direito, em que cada competência é atrelada a um dever que a justifique, é função dos Poderes da República eliminar qualquer resquício de servidão existente no meio social. E é esse caminho que trilha a magistratura catarinense, pois a sociedade que nos deposita confiança merece um órgão íntegro, capaz de desafiar as questões que lhes são submetidas com coragem e dignidade para, de fato, prestar

a jurisdição como instrumento de justiça, de modo que a realização do direito represente o resguardo da moralidade, da ética e da transparência. Não esqueçamos que o sistema judiciário existe para servir a população e que, para obter melhores resultados, é essencial que cada setor do Estado esteja harmonicamente organizado e integrado com os demais. Se de um lado incumbe ao Poder Judiciário oferecer uma prestação célere e qualificada para que a justiça seja feita, por outro é fundamental que os demais Poderes envidem todos os esforços para reduzir a litigiosidade, e, assim, responder aos anseios sociais. A própria Constituição Federal, ao dispor sobre a organização dos Poderes, intitula como funções essenciais à Justiça o Ministério Público, a Advocacia Pública, a Advocacia e a Defensoria Pública, em que o primeiro é instituição permanente responsável pela defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, e os advogados são indispensáveis à administração da Justiça, evidenciando que a solidez deste Poder Judiciário somente pode ser alcançada com o fortalecimento das instituições que nele atuam. Um Judiciário forte e independente atinge sua potencialidade quando oferece uma jurisdição revestida de transparência e eficácia, e nada favorece mais a eficiência do que o ingresso de profissionais de outros setores do Direito que, por atuarem paralelamente à magistratura, têm a sensibilidade para participar da definição de seus rumos. A entrada dos membros do Ministério Público e dos advogados nesta Corte, por meio do quinto constitucional, não tem de forma alguma o condão de ‘oxigená-la’, uma vez que os magistrados ingressam na carreira com experiências e formações diferentes e, principalmente, porque cada julgador é, antes de tudo, um jurista. Da mesma forma que o quinto constitucional não serve como um medidor de ânimos entre juiz, advogado e promotor, ou mesmo de fiscalização, uma vez que há órgão específico para isso, o Conselho Nacional de Justiça. O Poder Judiciário, o Ministério Público e a Advocacia complementam-se na busca de seu mais nobre objetivo, o de realizar a justiça em seu mais elevado grau. Por esse motivo, quando reunidos em uma mesma corte,

desempenhando as mesmas atribuições, o sentido de ética predomina e a função de julgar se sobrepõe a qualquer impasse. Assim, os resultados obtidos são os mais positivos possíveis, como podemos observar com os colegas que aqui estão ou que aqui estiveram. E é dentro desse cenário que este Tribunal recebe cinco novos Desembargadores, que têm suas carreiras pautadas no compromisso com a liberdade, a moralidade e a transparência, fomentadas pelo exercício de suas atribuições com sabedoria, humildade, dedicação e eficiência. Desembargadores que tiveram suas convicções cunhadas no bom-senso e na ética, e a cada dificuldade superada certamente trouxeram júbilo e fortalecimento a esta instituição. Antes de concluir, dirijo meus sentimentos aos familiares que, com muito amor e privação da companhia, souberam compreender, apoiar e incentivar os empossados na longa trajetória da magistratura. Por fim, desejo um feliz Natal a todos e um ano de dois mil e onze repleto de realizações. Muito obrigado.”

DISCURSO DE POSSE DA DOUTORA SORAYA NUNES LINS NO CARGO DE DESEMBARGADORA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA

“Excelentíssimo Senhor Desembargador José Trindade dos Santos, Digníssimo Presidente do egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, em nome de quem saúdo as demais autoridades que compõem a mesa. Excelentíssimas Senhoras Desembargadoras, Excelentíssimos Senhores Desembargadores, Senhoras e Senhores. ‘Não te perturbes com o caminhar do tempo. Ele passa para todos’ (Hoyêdo de Gouvêa Lins, *in* *Companheiras do Tempo*, p. 50). Lidar com o tempo e com a memória significa recolher lembranças. Como quer que se apresentem, elas costumam surgir em razão do calendário de vida de quem detém o acervo de recordações. A memória tem o limite do tempo ao qual se subordina, sendo o registro da nossa história de vida. Ela é, pois, refém do seu portador. Há mais de duas décadas e meia, iniciei a trajetória que hoje me conduz a esta egrégia Corte de Justiça. Uma trajetória pontilhada, nos primeiros dias, de muitas dificuldades, superadas gradativamente com muito trabalho, dedicação e humildade. Percorri, na condição de juíza substituta e posteriormente como juíza titular, exatas dezenove comarcas, tendo obtido desta forma uma boa percepção da complexidade do Poder Judiciário de Santa Catarina, percepção essa que se tornou ainda mais profunda e apurada no período em que trabalhei na Corregedoria-Geral da Justiça, onde efetivamente se tem a real dimensão dos problemas que afligem, como um todo, o Poder Judiciário. A experiência adquirida foi enriquecedora: amadureceu conceitos, aprofundou conhecimentos, possibilitando-me aplicar a lei sob um prisma mais justo e mais humano. É confortador falar de gratidão, por ser um sentimento que ressoa agradavelmente no íntimo de quem o revela. Agradeço a todos os eminentes Desembargadores Corregedores

com os quais tive a honra de trabalhar, aos colegas Juízes Corregedores, com quem compartilhava problemas e buscava soluções, e à atual equipe conduzida pelo Desembargador Solon d'Eça Neves, que me presenteou com a toga que passo a envergar. Agradeço também a minha equipe direta de trabalho, integrada pelas servidoras Andrea Oliveira, Elizabeth Costa e Silvana Zardo, pela dedicação e lealdade sempre demonstradas. Agradeço, ainda, as amáveis palavras de saudação proferidas pelo Desembargador José Trindade dos Santos, cujo período de convivência na Corregedoria confirmou a sua reconhecida imagem humana e alta capacidade de trabalho. Ao longo desses quase vinte e seis anos de magistratura, conheci e convivi com muitos profissionais do direito: magistrados, membros do Ministério Público, servidores da justiça e advogados. Com todas essas pessoas, aprendi algo que contribuiu para o meu desenvolvimento pessoal e funcional. Para agradecer-lhes e homenageá-las, e na impossibilidade de nominá-las todas, até para não incorrer em um esquecimento involuntário, sintetizarei em um nome, que pelo seu profundo conhecimento jurídico, cultura e inteligência, é indubitavelmente um grande ícone do mundo jurídico catarinense. Receba, Excelentíssimo Senhor Desembargador Tycho Brahe Fernandes Neto, a minha admiração. Nossa jornada de vida nos faz saber que o viver é feito de momentos, de circunstâncias entremeadas de fatos, em que trabalho, alegria e preocupação se entrelaçam, reúnem desafios, exigem compreensão e renúncia, oferecendo a cada passo ensinamentos de como sobrepujar dificuldades, de como reunir forças para criar o bom convívio, com equilíbrio, sem precisar sermos autoritários ou permissivos. Os acontecimentos que muitas vezes escapam à nossa compreensão e que parecem afastar as pessoas do caminho a percorrer têm a sua razão de ser. Aos amigos que temporariamente nos deixaram – Athaulpa Garrozi Mascarenhas Passos, Wilson Eder Graf, Herta Beatriz Lottin e Maria Helena Brausperger Cunha, a minha saudade. Neste ano que está por findar, a par da alegria que estou vivenciando, passei por uma dolorosa perda pessoal: a ausência de meu pai. O escritor e acadêmico Hoyêdo de Gouvêa Lins,

cuja fidalguia, inteligência brilhante, vernáculo irretocável, capacidade de trabalho inesgotável, sinônimo de respeitabilidade e correção, encantavam aos que com ele tiveram o prazer de conviver, e que ao lado de minha mãe, a também escritora Zenilda Nunes Lins, foi o meu maior incentivador e grande exemplo de vida, ensinando a mim e a meu irmão Hoyêdo, a quem também agradeço pela amizade e companheirismo, o significado da palavra família, irradiando-nos um sentimento de aconchego, de proteção, que alcança o âmago da alma. É esse amor incondicional, esse envolvimento, essa transmissão de valores sólidos que procuramos perpetuar – meu irmão, aos meus queridos sobrinhos Bernardo e Betina, e eu, à minha doce e muito amada filha Carolina, a quem me penitencio por não lhe dedicar maior atenção. Amor esse que nos remete à lembrança, que nos remete à memória, que nos remete à saudade, que nos remete ao tempo, que nos remete à vida. Porque é a vida que dá sentido à felicidade, estimulando a inteligência do homem para progredir pelo seu trabalho e para cultivar a fraternidade em busca de um mundo melhor, pela tolerância, pela justiça e pelo amor. Obrigada pela atenção.”

DISCURSO DE POSSE DA DOUTORA SÔNIA MARIA SCHMITZ NO CARGO DE DESEMBARGADORA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA

“Excelentíssimo Senhor Presidente. Rendo-lhe minha saudação e a estendo a todas as eminentes autoridades que o acompanham à mesa e às demais que nos distinguem com suas presenças. De igual forma, saúdo os ilustres pares que dignificam esta cerimônia, outorgando-lhe realce e brilho, assim como a distinta plateia que a enriquece. Começo, Senhor Presidente, não para dizer sobre minha virtuosidade, porque a virtude de cada um, todos sabemos, reconhecidamente, depende do juízo alheio, vem de fora para dentro e não o contrário. Não posso deixar passar a oportunidade para dizer que sou uma pessoa extremamente afortunada, faço questão de reforçar, detentora de extrema sorte. Cheguei à judicatura sob o estímulo e orientação do saudoso Desembargador Marcílio Medeiros, mestre em elegância e ações, além de ser um homem de raro trato, pureza ética e supremo entendimento da vida e do mundo. Do mesmo modo, fui, antes e durante a carreira, muito de perto, acompanhada por três grandes timoneiros: Desembargador Francisco May Filho, Desembargador Francisco Oliveira Filho e Desembargador Alberto Luiz da Costa, cujas personalidades se mesclam no mesmo tom, do caráter sem mácula, da notabilidade do saber jurídico, da organização e operosidade incomuns e, ainda, da inteligência fulgurante. Meu agradecimento a cada um, particularmente, por terem me guiado com paciência ímpar. E sendo assim, orientada com paternal dedicação, exerci a judicatura com o melhor da minha capacidade, em busca da verdade, mas sob o enfoque da melhor justiça, a grega, cuja representação da Deusa Themis se fazia, de pé e com os olhos abertos. Declarava o justo, somente quando os pratos da balança estavam emparelhados, o que significava iguais. E se mais não fiz foi porque o tempo foi

minha intransponível limitação. Aliás, Senhor Presidente, Senhores e Senhoras, meu trabalho foi e é muito mais resultado de um trabalho de equipe, que se prolongou por muitos e muitos anos, do que de qualquer relevância particular. Não posso citar todos os que contribuíram para ele. Ressalto, porém, a importância da primeira equipe, que compunha a 1ª Vara Criminal da Capital, sob direção e gestão do Desembargador Alberto Luiz da Costa, formada por Vanderlei Salla, Ana Dirlei, Bellei, Sandra Bittencourt, Márcia e, depois, acompanhada por Cristiano Carioni Oliveira. Graças a eles, pude encontrar a boa administração cartorária, que também foi complementada pelo meu dileto amigo Juiz Saulo de Lima. Minha gratidão dirige-se ainda ao time que me acompanhou e permanece neste Tribunal: Ivan, Cláudia, Fabrício, Danielle, Carlos Eduardo, Rógleison, Bruno, Pietra e Daniel, que me prestam assessoria direta, com lealdade, amizade e competência. Não poderia deixar de agradecer à minha Secretária Jurídica Mirian Karla Pereira pela incondicional dedicação com que dirige o Gabinete e pela amizade que me dispensa, a ponto de abdicar, temporariamente, de seu sonho de seguir a magistratura, para garantir os meus, deixando-me espaço e tempo para julgar os processos. Já que tem consciência de que processos, para mim, são como as joias, representativos de sérios interesses, de não menos graves consequências àqueles que neles se debatem e que muitas e muitas vezes interferem em seus destinos e mudam a história de suas vidas. Não posso esquecer ainda daqueles que governam minha casa e meus interesses domésticos, meus amigos Jair da Silva Filho e Nadmara Souza Silveira, que me libertando desse afazeres, disponibilizam-me mais tempo para o trabalho judicante. Considero-os meus anjos da guarda. Enfim, senhoras e senhores, penso que neste momento de rara importância em minha vida, o que tenho a fazer é dividi-lo com tantos e todos que me ampararam, orientaram, dividiram e se solidarizaram comigo. Para tanto, Desembargador Newton Janke, peço, com humildade, sua compreensão e a de todos a quem o assunto não interessa. Da Procuradoria de Justiça, merecem registro todos os seus integrantes,

do primeiro e segundo grau, que evoco nas figuras humanas das Procuradoras Gladys Afonso e Vera Copetti, ferrenhas guerreiras das causas em que se envolvem. Minha palavra de respeito à nobre classe dos advogados, “indispensáveis à prestação da Justiça”, que ressalto na figura exemplar da advogada Ana Blasi, cujo múnus exerce com ética, honra e lealdade. É justo e necessário que me reporte aos meus colegas juízes de primeiro grau, sempre solitários na sua faina, só percebidos na desdita. No mais das vezes, fazem milagres, judicam sem a mínima estrutura cartorária de pessoal. Tive há pouco, Senhor Corregedor, a oportunidade de constatar o desprestígio de um colega que, com quase três mil processos de família, dispunha no cartório de dois técnicos e uma escritvã em estado gravídico. Como exigir-lhe o cumprimento do princípio constitucional da eficiência e o atendimento das metas impostas? Só o explica, a nobreza e grandeza de sua vocação e a solidariedade que o envolve nas causas sociais. São heróis, os nossos juízes, senhores. Dispensio a todos profunda admiração e respeito. No particular, também me reporto às minhas amigas da alegria, cuja amizade mantemos desde os primeiros anos do colegial, em mil novecentos e cinquenta e oito. Diria sobre elas o que já ouvi de outrem, que são como as estrelas, estão sempre ali, disponíveis, embora não se as veja rotineiramente. Aqui, faço um parêntese, para desculpar-me com a minha amiga de todas as horas, minha irmã de alma, Doutora Ivanize Souza de Oliveira, que abandonei por um tempo, porque não tive, reconheço, a sua força para me solidarizar com as agonias e agruras que a vida lhe reservou. Nessa mesma perspectiva está para mim a Doutora Jeanine Pinheiro May. Presto, também, homenagem especial a minha mãe Dalila Silveira Schmitz, aqui presente, nos seus honoráveis noventa e sete anos, que, diferentemente da outra, da história, sempre foi valente, valorosa e aguerrida. Educou sozinha os quatro filhos porque meu pai partiu muito precocemente. Foi ela quem nos incentivou aos estudos. Cursamos todos mais de uma faculdade e somos todos mestres. Fez-nos cultivar os mais mezinhos princípios que devem reger os homens de bem. Aliás, só me completo nas pessoas

dos meus irmãos Benoni, Maria Apolinária e Maria Albertina pelo amor, bem-querer e amizade que nos une. Venho, senhores e senhoras, de uma família matriarcal. Minhas tias, que são as pérolas da minha vida, também se fazem presentes, assim como muitos sobrinhos e primos, pois, como de resto, sempre mantiveram unida a família, da primeira à quinta geração. Juntas têm mais idade que o tempo da libertação do Brasil colonial. Meu pai, Senhor Presidente, se foi há quase cinquenta anos e ainda me inspira. Foi uma grande figura humana. Coletor de impostos da Fazenda Pública, apresentava-se impecável. Mais bonito e galante que o Desembargador Eládio, mais elegante que o Desembargador Cláudio, lhano e fidalgo como o Desembargador Orli, tão postural e estudioso como o Desembargador Carlin, tão pícaro como o Desembargador Newton Janke, tão dedicado como o Desembargador Trisotto, tão digno como o Desembargador Vanderlei, tão visivelmente humanista como o Desembargador Pedro, tão articulado como o Desembargador Cesar Abreu, tão carinhoso como o Desembargador Sérgio e combativo e generoso como meu padrinho Desembargador Luiz César Medeiros. Aliás, todos os meus tios paternos eram assim, e não poderia ser diferente. Minha avó se postava, invariavelmente, como uma *lady*, diz-se que provinha da nobreza portuguesa. Meu pai é-me, ainda, insubstituível. Algumas vezes quando os meandros da vida e as adversidades exigem sacrifícios demais, seu ombro me faz grande falta. Finalmente, dirijo-me a minha filha Mariana, meu projeto mais completo e meu maior orgulho. Peço-lhe perdão pela contínua ausência física. É que pelo trabalho que me assolava não pude acompanhá-la todos os dias ao colégio, não fui levá-la às aulas de inglês, francês, ao balé, à natação, e nem fui procurar seu professor de reforço em matemática. Ele sim, estava lá, quando ela prestou seu vestibular. E nesse cenário ela surgiu autônoma, plena de bons princípios, muito mais que eu, ligada às lutas sociais em busca das transformações emancipatórias. Apesar disso, brindou-me com a imortalidade, perpetuando-me através de Sofia, minha neta amada, que já demonstra sua determinação e seus pontos de vista, embora em linguagem ininteli-

gível e incipiente. Por último, Senhor Presidente, agradecendo, honrada, suas palavras, fruto da amizade que nos une, afirmo que tenho plena consciência desse momento solene e, parafraseando o Desembargador Ungaretti, adentro a esta egrégia Corte, penhorando ao povo catarinense minha lealdade e espírito público voltado à harmonia social, e solenemente declaro, sob o testemunho de Deus, que essa toga que enverguei pela primeira vez em mil novecentos e oitenta e sete está tão digna e pura hoje, como no primeiro dia. E mais, não poderia esquecer, agora que inicio o fim dos meus dias nesta Casa, com minha assunção, já partilhamos dez por cento de pares femininos. Muito pouco a comemorar, é certo. Mas lhes adianto que dia virá em que devagar e silenciosamente chegaremos à maioria. Fui agraciada e desfrutei da generosidade, amizade fraternal, lealdade plena, paciência, dedicação, afinidade espiritual e incondicional apoio sempre do Desembargador Alberto Luiz da Costa, Desembargador Trindade dos Santos, Desembargador Vanderlei Romer e Desembargador Luiz César Medeiros. Amo vocês, com todo respeito. Abraço, sinceramente, os colegas que partilham comigo essa assunção e rogo a Deus que nos inspire e nos ilumine. Muito obrigada pela compreensão e pela presença de cada um.”

DISCURSO DE POSSE DO DOUTOR PAULO ROBERTO CAMARGO COSTA NO CARGO DE DESEMBARGADOR DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA

“Excelentíssimo Senhor Desembargador José Trindade dos Santos, Digníssimo Presidente deste egrégio Tribunal de Justiça, através de quem saúdo as distintas demais autoridades componentes da mesa. Senhoras e Senhores Desembargadores que compõem este Tribunal Pleno; demais Magistrados, membros do Ministério Público, Poderes Executivo e Legislativo, coempossandos, parentes, amigos e convidados que nos honram com a presença, meus familiares. Seria de se perguntar a razão do uso da palavra por todos nós empossandos, circunstância que torna descabida esclarecer que o mais novel entre nós aguardou quase vinte e três anos para pedi-la em solenidade como a que participamos. Justo dizer que a palavra é nosso instrumento de trabalho, e com ela aquecemos corações, apascentamos iras, ferimos soberbas, satisfazemos expectativas, desconstruímos pretensões injustas nesse nosso caminhar de servidores do cidadão, encarregados de compor os litígios que quebram o equilíbrio da convivência social. Foram as palavras orientadoras de meu pai, o Coronel Olivério José de Carvalho Costa, que me apontaram o exemplo da austeridade no trato da coisa pública, da honorabilidade pessoal, da dignidade e do pressuposto primeiro da cidadania, a honestidade da conduta e dos propósitos. Foi a palavra de minha mãe, Hilda Waltrick Camargo Costa, porto seguro e sereno da família, prestadora de conforto nas horas necessárias, indicadora de exemplo da alegria no enfrentar a vida e suas adversidades, condutora de esperanças no trilhar em busca do futuro. Palavras de ambos que sinto falta, pois não mais as ouço porque cumpriram suas vidas terrenas. Mas palavras também foram da fraternidade com Márcio, Vera Regina e seu marido Jorge, Sonia Beatriz e meus irmãos. Foram as palavras de meu tio

Abílio José de Carvalho Costa que me inocularam, no inconsciente ainda criança, a busca da ciência jurídica, e me conduziram a cursar a Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná onde ouvi as palavras dos mestres que forjaram minha formação profissional. Foi a palavra mansa dessa vacariana Fátima Maria Martins Borges, companheira, amiga, esposa, acompanhante deste lageano nestes últimos vinte e oito anos, que me indicaram, ‘vá e faça’, apontando o caminho do concurso para ingresso na magistratura de meu estado natal, depois de dezoito anos de efetivo exercício na magistratura, e que me permitiram entrar, sem dívidas de favores, pela via constitucional do certame público de provas e títulos, nos umbrais desta Casa. Foram as palavras dessa minha cúmplice que supriram aquelas que as vicissitudes da carreira fizeram com que eu não as pronunciasse, no tempo e modo devidos, a esses filhos maravilhosos que tenho, Paulo Leonardo, Maria Hilda, Ana Paula, Marianna e meu enteado Rodrigo, aos quais tributo meu mais profundo afeto. Filhos que se veem tolhidos pela carreira do magistrado e apontados como apaniguados, suspeitos de favorecimentos e proteções indevidas pela simples origem familiar, como se o cargo do pai fosse uma marca a ferro em brasa para distingui-los como portadores de uma doença maligna e contagiosa, que até o próprio Conselho Nacional da Justiça, injustamente, também cultivava por suas palavras. Vemos então, Senhor Desembargador Presidente, Senhoras Desembargadoras e Senhores Desembargadores, agora já meus pares, senhoras e senhores aqui pacientemente presentes, como as palavras são fundamentais ao magistrado. Elas alimentam e ferem, elas consolam e estiolam, elas marcam e redimem. Elas advertem a quem exerce o poder, como faziam os romanos, *sic transit gloria mundi*, indicando quão efêmera é a glória mundana, desaconselhando o cultivo de vaidades e soberbas. São as palavras que nos dão assento aqui, pela prestação do compromisso legal, que eu não tenho só como compromisso, mas propósito inalienável e irrenunciável de, com as palavras, continuar a contribuir, nesta terra dela sedenta, na construção do edifício da Justiça, condição primeira da

paz social. E, com isso, quem sabe um dia se possa parafrasear as palavras do poeta Cruz e Souza: ‘Se tens sede de paz e esperança, se estás cego de dor e de pecado, valha-te do *justo*; ó grande abandonado, sacia a sede com *justiça*, descansa’. Muito obrigado.”

DISCURSO DE POSSE DO DOUTOR HENRY GOY PETRY JUNIOR NO CARGO DE DESEMBARGADOR DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA

“Excelentíssimo Senhor Desembargador Trindade dos Santos, Digníssimo Presidente do egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina, na pessoa de quem saúdo os ilustres integrantes da mesa. Ao citar o eminente Desembargador Sérgio Izidoro Heil, meu amigo e padrinho, eu abraço os membros desta Corte, em especial os colegas recém-empossados, os juízes de primeiro grau e os servidores do Poder Judiciário. Em nome do Doutor José Alberto Klitzke, primeiro Promotor de Justiça com quem trabalhei, cumprimento os dignos representantes do Ministério Público. Prezados advogados, queridos amigos e familiares. Ao alcançar cargo que jamais sonhei, ao menos na minha juventude e iniciação profissional, preciso, por imperativo ético e de gratidão, reafirmar compromissos que sempre carreguei e agradecer, agradecer muito. Passo a integrar como titular Tribunal que contou com a presença de Osmundo da Nóbrega, Marcílio Medeiros e Eder Graf, dentre outros. Referências de todo magistrado, embora inalcançáveis nas suas enormes qualidades morais e intelectuais, prestam-se esses paradigmas a revelar, na sua dimensão mais elevada, a responsabilidade do cargo que ora ocupo. O que posso fazer diante desses magistrados exemplares? Posso reafirmar que o compromisso solene que fiz não é uma mera formalidade. Reafirmo meu compromisso com a Constituição, a minha consciência e a dignidade do cargo. Exalto que continuarei atuando, nos limites das minhas forças e dificuldades, com independência, coragem e retidão. Cultivo e valorizo amizades, prezo e alimento meus vínculos, reconheço e não escondo afinidades de pensamento e até mesmo ideológico-jurídicas, o que necessariamente me aproxima mais de alguns. Esses valores, todos, hão de viver e transitar em terreno próprio, no âm-

bito em que nasceram, e lá hão de permanecer, grandiosos. A judicatura, porém, nos campos essencialmente jurisdicional ou administrativo, deve restar sempre imaculada, alicerçada que estará somente na Constituição, na minha consciência e na dignidade do cargo, ao largo de influências outras, quaisquer outras. Identifico-me com a causa, não com o seu autor; com o projeto, não com quem o apoia; rendo-me ao argumento articulado, consistente e bem vocacionado, não àquele interesseiro e direcionado, por melhor que seja seu porta-voz; submeto-me às trajetórias coerentes, retas, probas, não àquelas posições episódicas, venham de onde vierem. Essas serão as minhas balizas. Prometo. Mas devo agradecer. Agradeço primeiramente as palavras generosas do eminente Desembargador Trindade dos Santos, Digníssimo Presidente deste Tribunal; aos eminentes Desembargadores que me honraram com o voto; pela paciência e ajuda, a todos os servidores que estiveram comigo, especialmente aos de São Domingos, Quilombo, São Miguel do Oeste, Lages e da Capital, bem assim àqueles que comigo permanecem e me fazem crescer; quero agradecer de público aos advogados pela boa e profissional convivência; aos membros do Ministério Público pelo cotidiano forense elevado e a amizade fraterna; aos colegas magistrados, que dignificam a judicatura deste Estado, elevando-a ao nível máximo de respeitabilidade no cenário nacional, os meus agradecimentos pelos ensinamentos, apoio e amizade desinteressada. Agradeço por tudo aos meus amigos e parentes que não puderam comparecer, meus irmãos Nando e André, e meu sogro, Sérgio Corrêa. Quero agradecer de forma destacada aos meus amigos Doutor Claudionir Coelho, o Kiko, à Flávia, ao Fábio e à Gisela. Amigos que, vencendo cerca de mil quilômetros e superando as dificuldades naturais de uma terça-feira e mesmo da vida, me honram com suas presenças. Amigos de juventude, forjados no companheirismo, nas dificuldades, na troca, na compreensão, na ajuda e no carinho. Amigos do coração e para sempre, como disse o poeta. Quando assumi como juiz substituto em doze de agosto de mil novecentos e oitenta e oito, recebi pessoalmente uma cartão da minha sogra, professora Flávia Corrêa, que

dizia mais ou menos assim: ‘Seja forte como o aço e sensível como a alma de uma criança’. Acho que andei perto da sentença. Agradeço-lhe a presença e a ajuda de todas as horas. Se sou o que sou, se tenho alguma virtude, se tenho caráter, engajamento, compromisso, se sou digno de confiança, se honro a toga, devo aos meus pais, Henry Goy Petry e Therezinha Cruz Petry, aqui presentes. Perto ou longe, no jeito Petry de ser, são o meu alicerce e refúgio. O que veem é o resultado do que vocês fizeram. Reservo minhas últimas palavras à minha esposa, Izabel, e aos meus filhos, Henry Goy Petry Neto, Maria Laura Corrêa Petry e Gabriela Corrêa Petry. Devo-lhes primeiramente desculpas. Privações, ausências, introspecção, foi o que lhes dei; em troca recebi da minha esposa carinho, apoio, compreensão, aconselhamento; dos meus filhos, não só a alegria de existirem, mas a alegria da convivência, a aceitação da distância imposta, o trilhar seguro e limpo pelos caminhos da infância e da juventude. Sinceramente não sei o que seria de mim sem vocês. Amo a todos. Obrigado.”

DISCURSO DE POSSE DO DOUTOR RAULINO JACÓ BRÜNING NO CARGO DE DESEMBARGADOR DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA

“Excelentíssimo Senhor Desembargador José Trindade dos Santos, Digníssimo Presidente do egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, em nome de quem pediria licença para cumprimentar todas as autoridades presentes, meus queridos familiares, colegas, dignos profissionais do Direito, amigos, servidores, senhoras e senhores. Nos meus tempos de criança, a chegada do Natal era um dos dias mais felizes e que se renovava a cada ano. Na minha mocidade uma das maiores datas foi a formatura em Direito na Universidade Federal de Santa Catarina, em mil novecentos e setenta e cinco. Guardo até hoje com muito carinho o convite de formatura. Muitas outras grandes datas se seguiram na vida pessoal, profissional e social. Embora elas acalentem meus sonhos e me deem grandes alegrias, devo omiti-las neste momento, em respeito à brevidade. Nada se compara, entretanto, ao dia de hoje. Tomar posse nesta honrada Corte de Justiça, integrar o Tribunal de Justiça de Santa Catarina é a realização do meu maior sonho. Sonho de um veterano das lidas forenses, é verdade, pois já se vão trinta e cinco anos nesta trajetória, dos quais trinta e um dedicados ao Ministério Público. Veterano, mas não cansado do nobre labor judicial, pelo contrário, cheio de ideais. A imensa alegria que trago há dias na alma quero compartilhar com muitas pessoas. Muitas mesmo. A todas quero agradecer. Vou fazer isso em ordem cronológica e, assim, deveria começar pelo Senhor Deus, Criador do Universo, início e fim de todas as coisas, mas, como tenho um pedido a Lhe fazer, vou me dirigir a Ele por último. Começo, então, por homenagear meu pai, Jacó Brüning, que faleceu aos noventa e três anos, e minha mãe, Paulina Dalfenbach Brüning, que está com noventa e cinco primaveras. Sessenta e cinco anos

de casado os dois tiveram. Com grandes dificuldades, mas com firmeza e sabedoria, criaram e educaram treze filhos. Ainda somos doze. Como foi bom crescer no seio de uma família tão numerosa. Eu era o oitavo. Católicos fervorosos, aprendemos cedo a respeitar uns aos outros, a estudar e a trabalhar todos os dias, mas, acima de tudo, a rezar muito. Nove ou dez vezes por dia. Em casa, na escola e na igreja. Obrigado, meus familiares, pelos primeiros passos. Em segundo lugar, especial gratidão à comunidade da minha querida e pacata São Ludgero. Ainda não era município quando nasci. Com aquele povo religioso, trabalhador e ordeiro, aprendi e fui incentivado a ir à luta, ir em busca dos ideais. Eles não cairiam do céu. Haveriam de ser conquistados. Na sequência, quero agradecer a ajuda de centenas, talvez milhares de pessoas, que me ajudaram nos mais diversos momentos da minha vida, nos primeiros estudos e empregos, nos primeiros desafios, companheiros de lazer, de música amadora, pessoas simples, outras graduadas, como advogados, juízes e promotores dos mais diversos municípios e comarcas, com destaque para Lages, a todas peço desculpas de não poder mencionar o nome, mas a todas quero externar as minhas sinceras homenagens. Incluo aqui os inúmeros ex-alunos, colegas e professores de bancos escolares, do ensino primário, em São Ludgero, até o mestrado e doutorado, aqui em Florianópolis. Permitam-me homenagear pelo menos um deles: o Professor Paulo Henrique Blasi, como um dos nossos grandes mestres, foi meu orientador na pós-graduação. Dirijo-me agora aos colegas e amigos de Ministério Público, onde ingressei em mil novecentos e setenta e nove. Dessa instituição tenho muito orgulho. Quase recém-saído da universidade, pouco depois de concluído o curso universitário, com muita teoria na cabeça, pude colocar em prática as lições de direito. Cresci no seio dessa Instituição. Os meus sonhos também. Foram trinta e um anos de agradável convivência. Agradeço-lhes o carinho, a amizade e a ajuda. Reverencio o egrégio Conselho Superior pela inclusão do meu nome na lista sêxtupla, que resultou na minha nomeação. Deixo, ainda, um grande abraço ao Doutor Gercino Gerson Gomes

Neto, Digníssimo Procurador-Geral de Justiça, por ter me prestigiado nos quatro anos de sua profícua gestão, designando-me Coordenador-Geral do Centro de Controle de Constitucionalidade – Ceccon. A propósito, precisamos ressaltar a importância da norma jurídica denominada *quinto constitucional*. Importância para a democracia, para a cidadania e para os jurisdicionados. Com essa regra, os tribunais julgam por uma perspectiva multiabrangente, com profissionais experientes oriundos das três principais carreiras: a do juiz imparcial, a dos promotores habituados com a acusação e a dos advogados familiarizados com a defesa. Nada melhor para os jurisdicionados e para a democracia que as sentenças passem pelo crivo dessas diversificadas visões. Prosseguindo, quero agora prestar reverência a este egrégio Tribunal de Justiça e, especialmente, ao Desembargador José Trindade dos Santos, preclaro e digno Presidente desta Casa de Justiça. Meu maior respeito a este sodalício e a seus integrantes. Agradeço a cada um a honrosa acolhida e espero corresponder à confiança em mim depositada. Há treze anos atuo perante as Câmaras, o Órgão Especial e o Tribunal Pleno. Minha imorredoura gratidão por ter sido incluído entre os três nomes para tomar assento ao lado de Vossas Excelências. Além de manter e ampliar o bom relacionamento com todos, meu compromisso diário será de dar uma contribuição, ainda que modesta, às relevantes funções jurisdicionais e administrativas desta Corte. Estendo as minhas homenagens aos quatro novos Desembargadores que tomam posse nesta data, a saber: Roberto Lucas Pacheco, Jairo Fernandes Gonçalves, Jaime Luiz Vicari e José Inácio Schaefer. Seguindo a ordem cronológica de que falamos, agradeço sensibilizado a Sua Excelência o Governador do Estado, Leonel Arcângelo Pavan, por ter escolhido o mais antigo da lista para compor esta alta Corte de Justiça catarinense. Gostaria, Senhor Governador, de fazer este agradecimento em meu nome, de meus familiares e de muitos amigos que torceram e lutaram por esta nomeação. Por penúltimo, abro o coração para meus queridos filhos e a esposa Valéria, aqui presentes. Sem vocês a vida seria de muito pouca emoção, quase sem graça. Na companhia de

vocês, todos os dias a vida recomeça e se renova. Um grande beijo a cada um. Meu último agradecimento é a Deus. Asseguro-lhe, ó Pai, que a estas alturas da minha vida não tenho nada a pedir, só a agradecer. Entretanto, como diz uma música bem conhecida ‘Se Deus não achar muito tanta coisa que eu pedi’, ainda tenho um pequeno/grande pedido a fazer: nas novas funções, ajude-me a praticar a justiça, não permita que dela eu me afaste, faça-me obreiro da sua messe. Muito Obrigado.”

**DISCURSO PROFERIDO PELO DESEMBARGADOR
TRINDADE DOS SANTOS, PRESIDENTE DO TRIBUNAL
DE JUSTIÇA, EM SAUDAÇÃO AOS QUATRO NOVOS
DESEMBARGADORES EMPOSSADOS NO TRIBUNAL DE
JUSTIÇA DE SANTA CATARINA**

“Excelentíssimo Senhor Erivaldo Nunes Caetano Júnior – Secretário de Estado de Coordenação e Articulação, representando o Governador do Estado de Santa Catarina, Excelentíssimo Senhor Deputado Gelson Merísio – Digníssimo Presidente da Assembléia Legislativa do Estado de Santa Catarina, cumprimentando-os, cumprimento todas as autoridades integrantes da mesa já nominadas. Excelentíssimos Senhores Desembargadores, Magistrados, membros do Ministério Público, Advogados, familiares dos Desembargadores empossados, Servidores, Magistrados aposentados e demais autoridades aqui presentes. Senhoras e Senhores. De início, chamo a atenção para o momento pelo qual o Poder Judiciário catarinense atravessa com a expansão da Justiça de Primeiro e de Segundo Grau. Recentemente, foram criados dez cargos de desembargadores, quarenta e cinco varas judiciárias e quinhentas vagas a serem preenchidas por servidores públicos. É o resultado do comprometimento permanente na adoção de medidas práticas que possibilitam a melhor realização do serviço público, mediante uma adequada estrutura que viabilize a plena execução das atividades exercidas por servidores e magistrados. A magistratura, por se defrontar com casos que vão além da imaginação do legislador, e que não foram previstos de modo exauriente pela letra da lei, exerce também uma função criadora na resolução dos conflitos que lhe são apresentados, pois assumimos o compromisso da realização do direito, voltando nosso conhecimento jurídico para resguardar o jurisdicionado com condições mínimas de uma existência social com dignidade. E é com

imenso orgulho que hoje o Poder Judiciário catarinense recebe quatro novos Desembargadores que enriquecerão a dialética presente nesta Corte, pois são magistrados de escol, que, com toda certeza, contribuirão para o colegiado com o somatório de suas ricas experiências individuais, obtidas em atividades pautadas por sentimentos nobres, que são a causa de uma carreira marcada por brilhantismo, esforço, cooperação e dedicação. Por todos esses anos, tive o prazer de acompanhar a trajetória de cada colega empossado e sempre pude constatar a sabedoria e humildade com as quais desempenham suas atribuições públicas, características que são típicas de bons profissionais. A função dos magistrados implica em uma postura firme e imparcial que não balance as égides constitucionais, porque a sentença não interfere apenas na relação autor-réu, mas na própria relação do cidadão com a sociedade, sobretudo por uma função pedagógica que também é inerente à judicatura, qual seja, de firmar a interpretação do direito e expressá-la em face do caso concreto. Passadas mais de duas décadas de vigência da Constituição de mil novecentos e oitenta e oito, o maior período de estabilidade de um sistema constitucional da República em tempos de democracia, é ressaltada a importância de um Poder Judiciário independente como condição indispensável de um Estado Democrático de Direito. Os magistrados ingressam na carreira por meio de concurso público, com as conhecidas garantias de vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídio, a fim de que o desempenho de seu mister não sofra a interferência de interesses privados. Por esse motivo, a distribuição da justiça deve ser compatível com a confiança que a sociedade deposita nesta instituição. A sociedade cada vez mais populosa, aliada à crescente difusão das informações e ao acelerado modo de produção, impõe um novo desafio ao cenário jurídico, que é dar conta da resolução de conflitos em massa e, ao mesmo tempo, ampliar os meios de acesso à Justiça. Para isso, novos instrumentos foram desenvolvidos e ainda estão em fase de aprimoramento, como o processo eletrônico e as súmulas vinculantes. Esta Corte, Senhores Desembargadores, os recebe como novos integrantes,

certos de que as prerrogativas institucionais e os novos instrumentos postos à disposição da magistratura serão utilizados para dar continuidade aos trabalhos desenvolvidos pelo Judiciário catarinense, tendo em vista sempre o aperfeiçoamento do sentido de República e Democracia. Aproveito a oportunidade para estender especial agradecimento aos familiares dos empossados pela compreensão, pelo amor e pelo carinho que incentivam e dão forças no árduo e gratificante ofício de judicar. A vocês também o nosso reconhecimento. Muito obrigado a todos.”

DISCURSO DE POSSE DO DOUTOR ROBERTO LUCAS PACHECO NO CARGO DE DESEMBARGADOR DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA

“Excelentíssimo Senhor Desembargador José Trindade dos Santos, Digníssimo Presidente deste egrégio Tribunal de Justiça e Presidente da Segunda Câmara de Direito Comercial quando da minha remoção para o cargo de juiz de direito de segundo grau, e que tão gentilmente me recepcionou naquela oportunidade. Permita-me, em seu nome, saudar os eminentes integrantes da mesa, já nominados pelo protocolo. Excelentíssimo Senhor Desembargador José Antônio Torres Marques, Digníssimo Presidente da Terceira Câmara Criminal, na qual tive a honra e o privilégio de trabalhar desde a instalação até a minha promoção ao cargo de desembargador. Em nome de Vossa Excelência, saúdo os eminentes Desembargadores. Excelentíssimos Senhores Desembargadores aposentados, Senhores Procuradores de Justiça, Senhores Juízes de Direito de Segundo e de Primeiro Grau, Senhores Promotores de Justiça, Senhores Advogados, Senhores Servidores e Serventuários da Justiça, Senhores Jornalistas, demais autoridades civis, militares e eclesiásticas, diletos amigos, Senhoras e Senhores que se fazem presentes nesta solenidade ou que a assistem pela internet, Desembargadores hoje empossados e seus familiares e meus queridos familiares. Neste momento de alegria incontida muito deveria ser dito, a iniciar por uma prestação de contas à sociedade do que fiz durante esses mais de vinte e dois anos de judicatura. Mas a brevidade do tempo me obriga a adotar o rito sumaríssimo. Por isso, quero apenas registrar que me dediquei com todas as forças a cumprir com dignidade as minhas funções. Asseguro-lhes que sempre procurei ser justo em minhas decisões e respeitoso no trato com os superiores, com os colegas, com os subordinados e com todos aqueles com quem trabalhei. Os erros que cometi decorreram de minha limita-

ção humana e profissional, jamais por dolo em beneficiar ou prejudicar quem quer que seja. A minha toga não foi manchada pela corrupção. Mas também devo agradecer. E o faço primeiramente a Deus, que me deu o dom da vida e me conduz, diuturnamente, mantendo-me a saúde física e mental. Agradeço aos Senhores Desembargadores pelo estímulo e apoio ao longo dessa jornada. Agradeço de modo especial aos Corregedores e Vice-Corregedores-Gerais da Justiça que me mantiveram como Juiz-Corregedor durante quase oito anos: Desembargadores Wilson Guarany Vieira, Alcides dos Santos Aguiar, João Eduardo Souza Varella, Alberto Luiz da Costa, Eládio Torret Rocha, José Volpato de Souza e Newton Trisotto. Vossas Excelências me permitiram conhecer o Poder Judiciário de outro ângulo. Certamente, essa visão diferenciada me será muito útil no exercício de minhas funções. Agradeço, também, aos Senhores Desembargadores que dirigiram palavras muito gentis a mim e a meu pai na sessão do Tribunal Pleno em que fui promovido ao cargo de desembargador. Estendo os agradecimentos também aos Desembargadores que pessoalmente ou por escrito manifestaram o seu carinho e a todos aqueles com quem tive o privilégio de conviver nas sessões das câmaras em que atuei. Agradeço, da mesma forma, aos Senhores Procuradores de Justiça, em especial àqueles que atuam na área criminal, por sua competência e cordialidade. Agradeço, ainda, aos Senhores Juízes de Direito, Promotores de Justiça e advogados, dos quais sempre recebi tratamento respeitoso e com quem muito aprendi. Não posso deixar de agradecer, igualmente, aos senhores funcionários do Poder Judiciário, efetivos ou terceirizados, dos responsáveis pela faxina aos administradores dos cartórios, e aos senhores serventuários da justiça, todos eficazes em sua missão e indispensáveis para a realização da justiça e para os atos da vida em sociedade. De um modo especial, agradeço aos meus assessores Franciely, Paulo Remor, Vinícius, Audrey, Marcos, ao voluntário Márcio Renato, às estagiárias Natasha, Gabriella e Priscila, todos capitaneados pelo operoso e eficiente Secretário Jurídico Márcio de César, os quais me presentearam com a toga que uso nesta oportuna-

de. Associo a eles os ex-assessores Maria Luiza, Daniel, hoje registrador de imóveis, e Fernando, agora integrando a nossa magistratura, e as ex-estagiárias Fernanda, Ana, Vanessa e Luísa. Por fim, agradeço a todos os amigos, presentes ou não nesta sessão solene, e aos meus familiares. Ao meu pai, René Abreu Pacheco, advogado correto e leal, e à minha saudosa mãe, Branca Cecília, chamada por Deus à sua presença mais cedo. A eles, minha eterna gratidão pelos ensinamentos éticos e morais e pelo exemplo de retidão de caráter, bases para uma vida digna e cristã. Aos meus irmãos Renato, Ricardo, Bárbara e Beatriz, aos meus cunhados Lúcia Helena, Carmelita, Izabel Carolina, Saulo, Renato e Simone, aos meus sobrinhos Renata, Raquel, Davi e Daniel, à minha prima Eliana, ao meu afilhado João Eduardo, o meu carinho. À minha esposa, Márcia, que adiou o seu sonho profissional para me acompanhar na peregrinação por este Estado, e à minha filha Bianca, as minhas escusas pela ausência involuntária ao longo desses anos. Saibam, minhas queridas, que vocês são a razão da minha vida e que em vocês eu encontro forças para perseverar nessa missão. Para encerrar, gostaria de expressar à sociedade, tão bem representada nesta solenidade, que o compromisso que hoje renovei será observado com rigor, pois lealdade e honradez são o mínimo a se esperar de quem exerce uma função pública. A todos, responsáveis direta ou indiretamente por este momento tão especial, o meu carinho e os votos de um Natal abençoado e um Ano Novo repleto de saúde e paz. Muito obrigado.”

DISCURSO DE POSSE DO DOUTOR JAIRO FERNANDES GONÇALVES NO CARGO DE DESEMBARGADOR DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA

“Cumprimentando o Excelentíssimo Senhor Presidente Trindade dos Santos, estendo meus cumprimentos aos demais integrantes da mesa, membros desta Corte, autoridades nominadas, amigos e distintos convidados. Ao ingressar na magistratura, não poderia imaginar a grata satisfação que o exercício do cargo, o cumprimento de nossas funções, poderia, um dia, nos conduzir a momentos de grandiosidade ímpar como o que esta solenidade está a nos brindar. Se não todos os presentes, mas a grande maioria dos que aqui se encontram já estiveram à frente ou participaram de solenidades formais, seja de formatura, casamento, posse, entre outras, mas sempre com relativa importância em suas vidas ou de pessoas próximas suas. O que de importante e bom merece ser ressaltado é que em determinados momentos, abstraindo-se algum embate de caráter muito pessoal e normal em certas fases de nossa carreira, nos deparamos com momentos como este, ímpar, único, almejado, disputado, merecido e que, quando alcançado, nos proporciona uma outra e tão grande alegria, a alegria de estar aqui, de poder resgatar alguns nomes esmaecidos com o passar do tempo, mas que sempre estiveram presentes na memória em razão da importância em nossas vidas. Assim é com aqueles amigos que criamos nas comarcas pelas quais julgamos, seus familiares, pessoas de cada comunidade e que hoje, em função da importância de que se reveste este momento solene em nossas vidas, imperioso se faz o compartilhamento. Muitos de longe aqui vieram para nos dedicar alguns momentos a mais de suas vidas, além daqueles que já nos proporcionaram até hoje. Outros que pela proximidade e contato frequente aqui comparecem, confirmando a sinceridade do relacionamento. Tudo isso tem que ser registrado e dito, pois passa-se uma vida, e às vezes

para quem está ao seu lado ou muito próximo, ou com quem mantemos contato frequente, nunca dirigimos uma palavra de agradecimento. E este momento, importante para mim sim, penso que pode e deve ser utilizado para que possamos exprimir nossa gratidão aos amigos do dia a dia, aqui considerados aqueles vinculados em nossa relação de trabalho, advogados, serventuários, estagiários, terceirizados, membros do Ministério Público e nossos colegas magistrados, com quem muitas vezes o diálogo ocorre apenas nos corredores, nas reuniões de coordenação ou em momentos festivos como este. Na relação de trabalho, sem demérito a qualquer outra comarca ou servidor, permito-me aqui fazer um registro especial à comarca de Tubarão, onde por mais de dezesseis anos estive como juiz, com uma equipe formidável, capitaneada pelo Escrivão Zinho, tendo a seu lado as figuras singulares e inesquecíveis do Zé Matos, Zé Barbosa, Priscila, Cida e Eliane, a quem também devo muito. A todos vocês, demais servidores do Fórum de Tubarão, advogados, promotores de justiça e, evidente, pessoal de gabinete, meu muito obrigado. Outros amigos a quem devemos gratidão, podemos mencionar aqueles com quem nos encontramos com certa frequência, no comércio, nas reuniões semanais, mensais, vinculadas a trabalho, atividade associativa, de lazer, de beneficência, entre outras, de todas as comarcas em que estive como magistrado, registro que faço sem nominá-los para evitar o mal que a desconsideração, que do esquecimento de um ou outro pudesse causar, estando aqui inseridos todos aqueles a quem carinhosamente chamamos de 'tio' fulano e 'tio' sicrano, expressão comum e forma amigável de se comunicar na serra e que encampei ao meu linguajar quando pelas passagens por São Joaquim e Lages. Alguns amigos fizeram e fazem parte de nossa vida profissional. Minha tia Terezinha, que sem nada perguntar abriu sua casa para acolher o sobrinho de Tubarão em Porto Alegre, onde foi trabalhar de dia no Fórum e à noite cursar Direito em São Leopoldo. Os companheiros de apartamento, que sempre estavam dispostos a auxiliar o novato de apartamento. Ao eminente Procurador Tycho e sua carinhosa esposa, Rosana, que quando lhes disse que no hotel não dava

para dormir, e não era implicância da Maria Helena, me acolheram por um mês em Santa Cecília. Um exemplo de vida, por toda sua formação, conduta e carreira, o Professor Eduardo, meu sogro, que sem pestanejar e na sinceridade gaúcha, quando fui pedir Maria Helena em casamento, me indagou: ‘mas o que é que tu pretende ser?’, ao que respondi que pretendia ser juiz, resposta sincera, ainda que pretensiosa ante as dificuldades que se avizinhavam ao alcance da pretensão em face do que são os concursos, mas deu certo. Não poderia deixar de falar da minha família. Meus pais que aqui não mais se encontram, mas deixaram sua herança e tenho certeza de que sempre estão a olhar por um filho. Meus irmãos José e Jucélia, que nunca negaram um pedido que lhes fizesse, e não foram poucos. Meus tios presentes e aos ausentes, porque não vieram ou porque já foram, pelo apoio e estímulo ao sobrinho, desde quando estudante de Direito. Maria Helena, uma grande mulher, esposa e incentivadora em todos os momentos de nossas vidas. Ana Carolina, uma capacidade de superação, filha que nem sempre pôde contar com o pai, mas que também nunca reclamou de ausências. A vocês duas e demais familiares, meu muito obrigado. Para finalizar, faço o registro também de agradecimento ao Excelentíssimo Senhor Presidente de nosso Tribunal de Justiça, Desembargador Trindade dos Santos, pessoa sincera e que acredita, como todos nós, que a justiça tem que se fazer efetiva, e para isso a celeridade se faz importante, tanto que em suas metas buscou a criação dos novos cargos de desembargador, o que nos oportuniza aqui hoje estarmos. O novo cargo, função que na minha curta passagem pela Câmara Especial Regional de Chapecó pude vivenciar, possui a particularidade assustadora da diferença entre um julgamento singular e um julgamento colegiado. Tanto em primeiro quanto em segundo grau o julgamento diz respeito a um conflito que envolve duas partes. No julgamento singular, você necessita convencer-se da correção de seu julgamento, mas no julgamento colegiado, além de você, há a necessidade de convencimento de seus pares. É um trabalho diferente, difícil, mas possível. Assim, como sempre procedi em minha vida e carreira, vou

buscar cumprir minhas novas funções com a presteza e correção que de todos buscamos. São essas as minhas palavras, ditas com sinceridade. Meu muito obrigado a todos.”

DISCURSO DE POSSE DO DOUTOR JAIME LUIZ VICARI NO CARGO DE DESEMBARGADOR DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA

“Excelentíssimo Senhor Desembargador José Trindade dos Santos, Presidente do egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina, peço-lhe vênua para, em seu nome, saudar as ilustres autoridades anteriormente nominadas. Excelentíssimas Senhoras Desembargadoras e Excelentíssimos Senhores Desembargadores que compõem esta colenda e já centenária Corte de Justiça. Meus familiares, meus amigos, colegas da magistratura, do Ministério Público, da advocacia, senhoras e senhores. A solenidade que hoje vivenciamos não é casual, mas corresponde à própria natureza do ato, que, pela forma, aspira tornar-se, se não perene, ao menos marcante na história da minha vida, na vida dos meus familiares e dos amigos aqui presentes. Minha caminhada na magistratura iniciou em dezesseis de setembro de mil novecentos e oitenta e um, pelas mãos honradas do Desembargador Presidente Ivo Sell e, neste quinze de dezembro de dois mil e dez, após quase trinta anos de judicatura, atinge seu ápice. Este pois, é um momento de festa, um encontro do mais alto júbilo e remete-me a algumas considerações que peço licença para mencionar. Como sabido, nem sempre é fácil ao fim de uma etapa da jornada escapar à conclusão pessimista do Eclesiastes ‘olhei eu para todas as obras que fizeram as minhas mãos, como também, para o trabalho que fiz e eis que tudo era vaidade e vento e que proveito algum havia debaixo do sol’. Mas também é sabido que transborda de júbilo o espírito quando, apesar disso e para usar a fórmula inspirada do salmista, ‘a bondade do Senhor favoreceu a obra de nossas mãos’. Agradeço a todos quanto, de uma ou de outra forma, tornaram possível a concretização dessa etapa de minha vida funcional. Agradeço ao Tribunal de Justiça, a todos os seus ilustres integrantes, sem distinção, e faço-o na

figura proba de seu Presidente, Desembargador Trindade dos Santos, que me honra com sua amizade. Homenageio a memória de meus saudosos pais, Oreste Secondo Vicari e Felicia Silene Vicari, modestos professores do interior, que, vencendo as dificuldades mais acerbadas, conseguiram o milagre de criar e educar, e dou enfoque a educar, seus nove filhos. Beijo as mãos de minha mulher, Vera Helena, amiga e companheira no infinito de nós dois, mulher forte e terna, que sempre me acompanhou e que comigo venceu a todas as vicissitudes, compartilhando das horas boas e das horas amargas. Vejo com alegria que a vida continua e continuará nas pessoas dos filhos Márcio Luiz Fogaça Vicari, advogado de escol, Cristina Helena Vicari Nogueira, habilidosa médica cirurgiã-plástica, Eduardo Henrique Fogaça Vicari, arquiteto, inspirado músico e compositor, e Carolina Gabriela Fogaça Vicari, zelosa Tabeliã Titular do 2º Ofício de Notas e Protestos da comarca de São Francisco do Sul. Vejo aqui entre nós meus amados netos, Athos e Arthuro, alegria de seus pais, tios e avós, certeza de cidadãos úteis ao País e à sociedade. Entre nós igualmente meus queridos irmãos Dora, Anita, Valdir e José Tadeu, que, vencendo distâncias, marcam sua presença e emprestam um sabor muito doce ao evento, assim como compreendo a impossibilidade de comparecimento de Helena Catarina e Miraldo José. Volto meu pensamento aos meus amados e pranteados irmãos Sady e Moacir, que voltaram à Casa do Senhor. Saúdo igualmente meu amigo e sogro Fogaça que não pôde se fazer presente, como era de seu desejo e lembro com saudade minha sogra, Neuza Correa Fogaça, uma mulher por todos os títulos admirável. Senhoras e Senhores. Trabalho há trinta anos na missão de tentar distribuir justiça, seguindo a fórmula inspirada em Ulpiano para quem justiça é *jus suum cuique tribuere*, dar a cada um o que é seu. Nessa caminhada, nessa busca e distribuição da justiça creio ser dever de todos nós, magistrados, membros do Ministério Público e advogados, cada um na sua esfera de atribuição, colaborar decisivamente na formação harmônica da pessoa, perseguir o desenho do homem na linha que o conduz à plenitude de ser à imagem e semelhança de Deus. O Livro Sagrado, em

momento de rara beleza, diz que há tempo de guerra e há tempo de paz. Vivemos, em pleno século vinte e um, numa era ambivalente, de violência crua e de amor mais puro; da fuga para outras galáxias e do genocídio pela fome dos excluídos pelo subdesenvolvimento e pela pobreza. Esse quadro melancólico, embora, não nos deve, jamais, levar ao desalento. Ao contrário, impõe-se lutar para que o mistério da juventude encontre lugar naquele da criação, para que a inquietação se transmude em harmonia e paz e o ímpeto da vida e do espírito se insira nas trajetórias luminosas da ordem universal em que, como dizia o amado de Beatriz, *l'amore muove il sole e le altre stelle*. Nunca é demasiado lembrar que o processo judicial não é um fim em si mesmo; que nós magistrados não somos frios fabricantes de acórdãos ou sentenças, como produtos elaborados em linha de montagem, obediência a metas inatingíveis, em menoscabo à qualidade. Nós decidimos sobre a vida, a honra, a propriedade e as decisões necessitam ser pensadas, maturadas, para serem justas. Procuremos, sem esmorecimento, a justiça, aquela de que nos fala Platão, ou seja, 'o fator da ordem, da harmonia, da exata medida, do bem como fulgor máximo'. Como menciona o Livro Sagrado, combati o bom combate mas guardei a minha fé. Obrigado.”

DISCURSO DE POSSE DO DOUTOR JOSÉ INÁCIO SCHAEFER NO CARGO DE DESEMBARGADOR DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA

“Saúdo o Desembargador Trindade dos Santos, Digníssimo Presidente deste Tribunal de Justiça, estendendo esta saudação inicial a todas as ilustres e dignas autoridades que compõem a mesa de trabalhos desta sessão plenária solene e que já foram nominadas pelo cerimonial. Cumprimento os eminentes Desembargadores desta Corte, aos quais aproveito o ensejo para agradecer o voto de confiança em mim depositado, mais uma vez, em face deste ato de posse. Estendo os cumprimentos a todos os presentes, sejam Juizes, Promotores de Justiça, Advogados, Servidores e demais convidados que engalanam esta cerimônia. Esclareço que a minha manifestação será norteadada pela brevidade, como têm sido minhas manifestações escritas, sejam em sentenças ou acórdãos. Três anos se passaram desde a cerimônia de posse ao cargo de juiz de segundo grau. Naquela oportunidade, prestei o compromisso de exercer leal e honradamente as funções do respectivo cargo, tal qual o fiz ao assumir as funções de juiz substituto, em doze de agosto de mil novecentos e oitenta e oito. A renovação do compromisso de exercer o cargo ao qual fui guindado neste Tribunal, com lealdade e honradez, faço-o com ‘Pensamento positivo’, registrando, a este propósito, as palavras de incentivo e apoio recebidas dos Desembargadores da Quarta Câmara Comercial – Desembargadores Lédio Rosa de Andrade, José Carlos Carstens Köehler e Altamiro de Oliveira – juntamente com uma lembrança deste momento, traduzida materialmente com a caneta, com a qual assinei o ato de posse. A experiência individual dos ora nominados e dos integrantes de outras Câmaras que integrei ocasionalmente, facilitou sobremodo a minha atuação até aqui e confio poder contar sempre com este espírito e compreensão para com eventuais

faltas involuntárias. Na faina de julgar, em meio à demanda crescente de processos, a sociedade confia que saibamos conciliar a preocupação com a efetividade temporal do processo com a qualidade da prestação jurisdicional. O reconhecimento que o magistrado granjeia ao longo da carreira sem dúvida é lisonjeiro, mas não deve, bem o sabemos, impedir de nos dedicar a algo novo, melhor e diferente. Pretendo continuar a me esforçar para superar tudo o que já foi realizado e o que já realizei até hoje, e penso com isso que, como os instrumentistas que abrilhantam esta cerimônia, a *performance* tenderá a ser maior do que os aplausos, pois o futuro depende da ação e do desempenho. No dizer de Dan Sullivan e Catherine Nomura: ‘Podemos ter uma ideia ou visão de um grande futuro, mas a ideia e a visão só se tornam reais quando empreendemos ações diretamente voltadas à obtenção de metas específicas’. Já finalizando esta primeira manifestação como integrante do Pleno deste Tribunal de Justiça, aproveito o ensejo para agradecer a todos os que acorreram a este ato, engalanando-o sobremodo com suas honrosas presenças. Um especial registro a todos os servidores que estão diuturnamente no gabinete, com dedicação, assiduidade e comprometimento com metas da Instituição, fazendo-o na pessoa da secretária jurídica Luísa Schmidt. Agradeço aos familiares: os manos Paulo Sérgio e Lori Helena, que deixaram seus afazeres e seus lares para compartilhar mais este momento singular na carreira, o mesmo fazendo o irmão Luiz Antônio, acompanhado de sua filha Bárbara. Ao cunhado Edson Leal, que sempre prestigiou minha carreira, fazendo-se presente desde os tempos que assumi como Pretor no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Ao ilustre Magistrado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, já jubilado, Doutor João Carlos da Silveira e esposa, aos colegas de turma que prestigiam este ato e que nos acompanham pela rede. Enfim, a todos meu muito obrigado.”

**SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL**

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO

Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 784.572, de Santa Catarina

Relatora: Ministra Cármen Lúcia

Agravante: Estado de Santa Catarina

Procurador: Procurador-Geral do Estado de Santa Catarina

Agravados: Leomar Bittencourt de Ávila e outro

Advogado: Fernando Santos da Silva

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO. POLICIAL MILITAR. HORA EXTRAORDINÁRIA.

1. POSSIBILIDADE DE LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL DISPOR SOBRE VANTAGEM OU GARANTIA NÃO VEDADA OU NÃO DISCIPLINADA PELA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA.

2. O TRIBUNAL A QUO NÃO JULGOU VÁLIDA LEI LOCAL CONTESTADA EM FACE DE LEI FEDERAL. INCABÍVEL RECURSO PELA ALÍNEA *D* DO ART. 102, INC. III, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Primeira Turma, sob a Presidência da Ministra Cármen Lúcia, na conformidade da ata de julgamento e das notas

taquigráficas, à unanimidade, *em negar provimento ao agravo regimental no agravo de instrumento*, nos termos do voto da Relatora.

Brasília, 8 de fevereiro de 2011

Ministra Cármen Lúcia, Relatora

RELATÓRIO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (Relatora): 1. Em 16 de abril de 2010, neguei seguimento ao agravo de instrumento interposto pelo Estado de Santa Catarina contra decisão que não admitiu recurso extraordinário contra julgado do Tribunal de Justiça catarinense, o qual manteve sentença que condenara o Recorrente ao pagamento de horas extraordinárias. A decisão agravada teve a seguinte fundamentação:

6. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que não contraria a Constituição da República a disciplina por lei de vantagem ou garantia não prevista na Constituição da República.

(...) O art. 42, §§ 10 e 11, da Constituição da República, nos termos anteriores à Emenda Constitucional 18/98, não proibia o pagamento de horas extras aos militares. Esse dispositivo relacionava os direitos e garantias que não poderiam ser excluídos por legislação infraconstitucional, o que não impediria que novos direitos e garantias fossem previstos pelo legislador ordinário.

O acórdão recorrido não divergiu dessa orientação.

7. Pelo exposto, nego seguimento a este agravo (art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil e art. 21, § 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal) (fls. 173-177).

2. Publicada essa decisão no DJe de 13.5.2010 (fl. 178), interpõe o Estado de Santa Catarina, ora Agravante, em 24.5.2010, tempestivamente, agravo regimental (fls. 180-188).

3. Alega o Agravante que *“tanto o direito à remuneração por horas extraordinárias como a limitação da própria jornada de trabalho não restou*

atribuído aos Policiais Militares pela Constituição Federal, o que significa dizer que existe, no concernente a estes direitos, exclusão inequívoca em relação aos militares, estabelecida pelo próprio texto constitucional” (fl. 185).

Sustenta que, *“se não atribuiu tais direitos aos militares, como o fez em relação aos servidores públicos civis, é porque reconhece que, dada a natureza das atividades militares, tais direitos não se compatibilizam com quem tem por missão a manutenção da segurança pública”* (fl. 186).

Assevera que *“ficou perfeitamente demonstrado nos autos que o acórdão recorrido julgou válida lei local em face da Constituição”* (fl. 187).

Requer o provimento do presente recurso.

É o relatório.

VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (Relatora): 1. Razão de direito não assiste ao Agravante.

2. Como afirmado na decisão agravada, este Supremo Tribunal Federal assentou que não contraria a Constituição da República lei que disciplina vantagem ou garantia não prevista na Constituição. Nesse sentido:

1. Recurso extraordinário: descabimento: ausência de prequestionamento dos princípios da legalidade e da moralidade (CF, art. 37, *caput*): incidência das Súmulas 282 e 356.

2. Adicional por tempo de serviço: *não sendo vantagem prevista nem disciplinada na Constituição Federal, não a viola a lei estadual que manda computar, para o seu cálculo o tempo em que o servidor fora serventuário contratado de cartório não oficializado*: o regime privado da atividade notarial e de registro, estabelecido pelo art. 236 da Lei Fundamental, não impede que o tempo de serviço nela cumprido seja tido, por lei, como fato aquisitivo do direito ao adicional. Precedente: RE 245.171, 1ª T., 12.9.2000, Pertence, DJ 20.10.2001 (RE 235.623-AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, DJ 26.8.2005 – grifos nossos).

3. Ademais, o Tribunal de origem julgou a controvérsia à luz da legislação infraconstitucional. Eventual ofensa constitucional, se tivesse ocorrido, seria indireta, o que afasta o cabimento do recurso extraordinário.

Confiram-se, a propósito, os seguintes julgados:

Agravo regimental. – A fundamentação do acórdão recorrido se cingiu exclusivamente à interpretação que deu da extensão do direito concedido aos policiais militares pela legislação estadual, não se utilizando dela para sustentar a existência de direito adquirido a regime jurídico ou a necessidade de recorrer-se à extensão analógica. E fundamento exclusivamente baseado em legislação local sem vinculação a questão constitucional federal não dá margem ao cabimento do recurso extraordinário. Agravo a que se nega provimento (AI 257.694-AgR, Rel. Min. Moreira Alves, Primeira Turma, DJ 23.6.2000 – grifos nossos).

AGRAVO DE INSTRUMENTO – ALEGADA VIOLAÇÃO A PRECEITOS INSCRITOS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA – AUSÊNCIA DE OFENSA DIRETA À CONSTITUIÇÃO – CONTENCIOSO DE MERA LEGALIDADE – RECURSO IMPROVIDO. – A situação de ofensa meramente reflexa ao texto constitucional, quando ocorrente, não basta, só por si, para viabilizar o acesso à via recursal extraordinária (AI 760.346-AgR, Rel. Min. Celso de Melo, Segunda Turma, DJe 13.8.2010).

4. Também não é cabível o recurso extraordinário pela alínea *d* do inc. III do art. 102 da Constituição da República, pois o Tribunal de origem não julgou válida lei local contestada em face de lei federal. Confira-se o seguinte julgado:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ICMS. BASE DE CÁLCULO. LEGISLAÇÃO LOCAL. OFENSA REFLEXA. IMPOSSIBILIDADE EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INTERPOSIÇÃO DO EXTRAORDINÁRIO COM FUNDAMENTO NAS ALÍNEAS C E D DO ARTIGO 102, III, DA CONSTITUIÇÃO. INVIABILIDADE. 1. A controvérsia foi decidida com fundamento na legislação local. Incidência da Súmula n. 280 do Supremo Tribunal Federal. 2. Acórdão recorrido que não julgou válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição, tampouco julgou válida lei local contestada em face de lei federal. Inviabilidade da admissão do recurso extraordinário interposto

com fundamento nas alíneas *c* e *d* do artigo 102, III, da Constituição. Agravo regimental a que se nega provimento (RE 597.003-AgR, Rel. Min. Eros Grau, Segunda Turma, DJe 29.5.2009).

5. Os argumentos do Agravante, insuficientes para modificar a decisão agravada, demonstram apenas inconformismo e resistência em pôr termo a processos que se arrastam em detrimento da eficiente prestação jurisdicional.

6. Pelo exposto, *nego provimento ao agravo regimental*.

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 605.609, de Santa Catarina

Relatora: Ministra Cármen Lúcia

Agravante: Ilona Cristina Assunção

Advogado: Francisco de Assis do Rêgo Monteiro Rocha Júnior

Agravado: Minitério Público Federal

Advogado: Procurador-Geral da República

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. DESVIO OU APROPRIAÇÃO DE VERBA PÚBLICA. PRESTAÇÃO DE CONTAS A ÓRGÃO FEDERAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Primeira Turma, sob a Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, à unanimidade, *em negar provimento ao agravo regimental no recurso extraordinário*, nos termos do voto da Relatora.

Brasília, 2 de dezembro de 2010.

Ministra Cármen Lúcia, Relatora

RELATÓRIO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (Relatora): 1. Em 16 de abril de 2010, neguei seguimento ao recurso extraordinário interposto por Ilona Cristina Assunção contra julgado do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, o qual reconheceu a competência da Justiça Federal para o julgamento do feito. A decisão agravada teve a seguinte fundamentação:

4. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que compete à Justiça Federal o julgamento de crimes relativos a desvio ou à apropriação de verba federal destinada à realização de serviços de competência privativa da União ou comum dela e do ente beneficiário, ou de verba cuja utilização se submeta à fiscalização por órgão federal.

(...) 5. Na espécie vertente, o Tribunal de origem consignou expressamente que ‘a destinação de verbas ao instituto Escola do Teatro Bolslohi no Brasil não buscava apenas a publicidade da empresa pública, mas também promoção de atividade social e cultural, sendo o desvio imputado danoso aos propósitos da verba federal destinada’ (fl. 617 - grifos nossos).

Além disso, o Tribunal *a quo* asseverou que aquelas verbas estariam sujeitas à ‘prestação de contas a órgão federal: a Secretaria de Cultura da Presidência da República’ (fl. 616).

Assim, a jurisprudência colacionada aplica-se integralmente à situação versada nos autos.

6. Pelo exposto, nego seguimento ao recurso extraordinário (art. 38 da Lei n. 8.038/90 e art. 21, § 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal) (fls. 712-718).

2. Publicada essa decisão no DJe de 6.5.2010 (fl. 719), interpõe Ilona Cristina Assunção, ora Agravante, em 11.5.2010, tempestivamente, Agravo Regimental (fls. 720-733; 736-749).

3. Alega a Agravante que “*o fundamento consignado na decisão recorrida, segundo o qual a justiça federal seria competente para julgar e processar o presente feito pelo fato que a verba supostamente desviada teria destinada*”

da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos para o IETBB, não merece guarida, posto que a verba supostamente desviada já havia se incorporado ao patrimônio deste Instituto, inexistindo, assim, frise-se, qualquer interesse direto da União” (fl. 746, transcrição conforme o original).

Sustenta que “*a meta submissão à fiscalização da utilização da verba por órgão federal não fixa a competência da justiça federal para julgar e processar eventual crime de desvio de verba pública*” (fl. 748).

Requer o provimento do presente recurso.

É o relatório.

VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (Relatora): 1. Razão de direito não assiste à Agravante.

2. O Tribunal Regional Federal da 4ª Região decidiu a controvérsia nos seguintes termos:

O Superior Tribunal de Justiça, em sessão realizada no dia 28/7/2007 (Terceira Seção), proferiu decisão – em caso análogo a este – na qual declarou a competência do Juízo Federal para o conhecimento do feito, tendo em vista que, não obstante a natureza jurídica do SENAC, tratava-se de entidade que prestava contas perante o Tribunal de Contas da União, razão pela qual a questão envolveria interesses da União Federal e deveria ser julgada pela Justiça Federal, nos moldes do que preceitua a Súmula 208 daquele Tribunal.

Verifica-se também neste caso idêntico interesse federal decorrente da prestação de contas a órgão federal: A Secretaria de Cultura da Presidência da República.

A prestação de contas federal é até natural, ante o patrimônio, direção e fins públicas em grande parte das atividades da ECT. No caso, a destinação de verbas ao Instituto Escola do Teatro Bolshoi no Brasil não buscava apenas a publicidade da empresa pública, mas

também a promoção de atividade social e cultural, sendo o desvio imputado danoso aos propósitos da verba federal destinada (fl. 616).

3. Como afirmado na decisão agravada, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal assentou que compete à Justiça Federal o julgamento de crimes relativos a desvio ou à apropriação de verba federal destinada à realização de serviços de competência privativa da União ou de competência comum da União e do ente beneficiário, ou de verba cuja utilização se submeta à fiscalização por órgão federal. Nesse sentido:

EMENTA: *HABEAS CORPUS*. DENÚNCIAS POR UTILIZAÇÃO INDEVIDA DE RECURSOS PROVENIENTES DE CONVÊNIO FIRMADO ENTRE MUNICÍPIO E A UNIÃO (art. 1., inc. II, do DL 201/67). ALEGAÇÃO DE INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL E DE *BIS IN IDEM*, UMA VEZ QUE O MESMO FATO OBJETO DA AÇÃO PENAL JÁ TERIA SIDO APRECIADO PELA JUSTIÇA ESTADUAL. Hipótese em que a execução do convênio foi submetida à fiscalização do Ministério da Ação Social e do Tribunal de Contas da União, circunstância suficiente para demonstrar o interesse da União no bom e regular emprego dos recursos objeto do repasse e, conseqüentemente, o acerto da aplicação, no caso, da norma constitucional de competência sob enfoque (art. 109, IV, da CF). Inexistência de comprovação de que a alegação de *bis in idem* tenha sido suscitada perante o Superior Tribunal de Justiça, que sobre ela não se manifestou. *Habeas corpus* conhecido em parte e nessa parte indeferido (HC 81.994, Rel. Min. Ilmar Galvão, Primeira Turma, DJ 6.8.2002).

E:

EMENTA: *HABEAS CORPUS*. DESVIO DE VERBAS DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE – SUS. INTERESSE DA UNIÃO. ARTIGO 109, IV DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. SECRETÁRIO DE ESTADO. PRERROGATIVA DE FORO. ATRIBUIÇÃO DA PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA. Procedimentos administrativos criminais – PACS – instaurados para apurar supostos desvios de verbas do Sistema Único de Saúde – SUS. Verbas federais sujeitas à fiscalização do Tribunal de Contas da União. Nítido interesse da União, a teor do artigo 109, IV da

Constituição do Brasil. Envolvimento do Secretário de Saúde do Estado do Piauí, a atrair a competência do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, bem assim a atribuição da Procuradoria Regional da República. Ordem denegada (RHC 98.564, Rel. Min. Eros Grau, Segunda Turma, DJe 6.11.2009, grifos nossos).

4. Os argumentos da Agravante, insuficientes para modificar a decisão agravada, demonstram apenas inconformismo e resistência em pôr termo a processos que se arrastam em detrimento da eficiente prestação jurisdicional.

5. Pelo exposto, *nego provimento ao agravo regimental*.

HABEAS CORPUS

Habeas Corpus n. 104.384, de Santa Catarina

Relator: Ministro Ayres Britto

Paciente: Fabricio Rodrigues

Impetrante: Jeison José de Sousa

Coator: Relator do HC n. 171164 do Superior Tribunal de Justiça

EMENTA

HABEAS CORPUS. CRIME DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. LIBERDADE PROVISÓRIA CONCEDIDA PELO JUÍZO PROCESSANTE. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO, MANEJADO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. RESTABELECIMENTO DA PRISÃO DO PACIENTE DOIS ANOS DEPOIS. ACÓRDÃO DESFUNDAMENTADO. EXCEPCIONALIDADE AUTORIZADORA DA SUPERAÇÃO DA SÚMULA 691/STF. ORDEM CONCEDIDA.

1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido do não-conhecimento de *habeas corpus* sucessivamente impetrado antes do julgamento de mérito nas instâncias anteriores (cf. HCs 79.776, da relatoria do ministro Moreira Alves; 76.347-QO, da relatoria do ministro Moreira Alves; 79.238, da relatoria do ministro Moreira Alves; 79.748, da relatoria do ministro Celso de Mello; e 79.775, da relatoria do ministro Maurício Corrêa). Jurisprudência, essa, que deu origem à Súmula 691, segundo a qual “*não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de habeas corpus impetrado contra decisão do Relator que, em habeas corpus requerido a tribunal superior, indefere a liminar*”.

2. Esse entendimento jurisprudencial sumular comporta relativização, quando de logo avulta que o cerceio à liberdade de locomoção do paciente decorre de ilegalidade ou de abuso de poder (inciso LXVIII do art. 5º da CF/88).

3. No caso, o paciente foi agraciado com a liberdade provisória em novembro de 2008. Sendo certo que, em 2010, no julgamento do recurso em sentido estrito manejado pelo Ministério Público, o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina determinou o recolhimento do paciente à prisão sem sequer enfrentar o fundamento lançado pelo Juízo Processante, bem mais próximo à realidade dos autos, para deferir a liberdade provisória a ele, paciente. Pelo que há evidente ofensa à garantia da fundamentação real das decisões judiciais. Garantia constitucional que se lê na segunda parte do inciso LXI do art. 5º e na parte inicial do inciso IX do art. 93 do Magno Texto e sem a qual não se viabiliza a ampla defesa, nem se afere o dever do juiz de se manter equidistante das partes processuais em litígio.

4. Ordem concedida para restabelecer a decisão que deferiu a liberdade provisória ao paciente, ressalvada a possibilidade de expedição de novo título prisional, embasado na concretude da causa.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal em conceder a ordem, superada a Súmula 691/STF, o que fazem nos termos do voto do Relator e por unanimidade de votos, em sessão presidida pelo Ministro Gilmar Mendes, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas.

Brasília, 08 de fevereiro de 2011.

Ministro Ayres Britto, Relator

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (Relator): Trata-se de *habeas corpus*, aparelhado com pedido de medida liminar, impetrado contra decisão singular de Ministro do Superior Tribunal de Justiça (HC 171.164). Decisão que indeferiu o provimento cautelar ali requestedo, à falta de seus pressupostos.

2. Pois bem, antes mesmo do julgamento do mérito da ação constitucional manejada na Casa Superior de Justiça, o impetrante postula o restabelecimento da decisão do Juízo de Primeiro Grau. Decisão que deferiu pedido de liberdade provisória ao paciente, denunciado por homicídio qualificado e constrangimento ilegal (este último, por três vezes). Diz o acionante que não há fundamento idôneo para a constrição cautelar, conforme decidiu a própria magistrada da causa. Mais: aduz que, no período em que esteve solto, o paciente compareceu a todos os atos processuais e exerceu atividade laboral lícita.

3. Prossigo neste relato da causa para anotar que o paciente foi beneficiado com a liberdade provisória, *no ano de 2008*. Isso porque a juíza Presidente do Tribunal do Júri da Comarca de Palhoça/SC entendeu o seguinte:

“No caso em tela, a situação de flagrância inicialmente constatada, a ensejar a manutenção da custódia cautelar em desfavor do acusado, na forma do art. 312, do CPP, *não há como ser mantida, após a coleta da prova testemunhal, porquanto os requisitos indispensáveis à cautela, não estão sobejamente demonstrados na espécie. Embora nenhuma dúvida paire acerca da materialidade do delito, não se vislumbra neste momento, que os indícios sejam suficientes para a manutenção da prisão cautelar*. Inobstante as razões elencadas pelo Douto Representante do Ministério Público.” (Sem grifo no original.)

4. Sucede que, em maio de 2010, o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina proveu recurso em sentido estrito, manejado pelo Ministério Público. O que fez para determinar o recolhimento do paciente à prisão, em síntese, nos seguintes termos:

Inviabilizada a concessão de liberdade provisória por exegese constitucional, despicienda a análise acerca da presença ou não dos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal. Comprovada a materialidade delitiva e presentes indícios suficientes da autoria, tratando-se de crime hediondo, não há como falar em liberdade provisória.

5. À derradeira, anoto o parecer da Procuradoria-Geral da República. Parecer pelo não-conhecimento do *habeas corpus* e, alternativamente, pela denegação da ordem.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (Relator): Feito o relatório, passo ao voto. Ao fazê-lo, lembro que vários foram os pronunciamentos da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal no sentido de que réu preso em flagrante pelo suposto cometimento de crime hediondo (ou equiparado) não tem direito ao benefício da liberdade provisória. A título de amostragem, cito os seguintes precedentes: HCs 83.468, 86.118, 85.711, 86.703, 89.183, da relatoria do ministro Sepúlveda Pertence; e HC 82.316, da relatoria do ministro Sydney Sanches. Jurisprudência assentada na idéia-força de que *“a proibição da liberdade provisória, nessa hipótese, deriva logicamente do preceito constitucional que impõe a inafiançabilidade das referidas infrações penais: [...] 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”* (HC 83.468, da relatoria do ministro Sepúlveda Pertence).

Entendimento, reconheço, que também perfilhei no julgamento dos HCs 101.673 e 103.399, entre outros da minha relatoria. O que fiz por entender que a norma veiculada pelo inciso XLIII do art. 5º da CF/88 traduz que a prisão em flagrante de crime hediondo opera por si mesma e perdura até a prolação de eventual sentença penal condenatória. Ocasão em que o órgão judicial sentenciante fundamentará no art. 312 do CPP, se for o caso, a continuidade da prisão que se iniciou com o flagrante-delito, conforme estabelecido no parágrafo único do art. 387 do estatuto processual penal; sabido que, nessa fase derradeira da instrução criminal, o magistrado já disporá de melhores condições para julgar, ao mesmo tempo, da culpabilidade e da periculosidade do agente. Esta, de serventia restrita ao juízo sobre o instituto da prisão de natureza cautelar ou simplesmente instrumental; aquela, de prestimosidade voltada para a concreta fixação da pena.

8. Nada obstante, prossegui meditando sobre o tema e hoje alcanço uma diferente compreensão das coisas. É que não se pode perder de vista o caráter individual dos direitos subjetivo-constitucionais em matéria penal. E como o indivíduo é sempre uma realidade única ou insimilar, irrepetível mesmo na sua condição de microcosmo ou de um universo à parte, todo instituto de direito penal que se lhe aplique – pena, prisão, progressão de regime penitenciário, liberdade provisória, conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos – há de exibir o timbre da personalização. Quero dizer: tudo tem que ser personalizado na concreta aplicação do direito constitucional-penal, porque a própria Constituição é que se deseja assim orteguianamente aplicada (na linha do “*Eu sou eu e minhas circunstâncias*”, como sentenciou Ortega Y Gasset). E como estamos a cuidar de prisão por crime equiparado a hediondo, claro que ela também se encaixa no princípio da personalização; tirante, lógico, a hipótese do flagrante-delito. Mas o flagrante enquanto instituto que há de incidir por modo coerente com o seu próprio nome: situação de ardência ou calor da ação penalmente vedada. Ardência ou calor que se dissipa com a prisão de quem

lhe deu causa. Não é algo destinado a vigorar para além do aprisionamento físico do agente, mas, ao contrário, algo que instantaneamente se esvai como específico efeito desse trancafiamento; ou seja, a prisão em flagrante é ao mesmo tempo a conseqüência e o dobre de sinos da própria ardência (flagrância) da ação descrita como crime. Por isso que a continuidade desse tipo de custódia passa a exigir fundamentação judicial. O que explica as normas constitucionais de que: a) “*a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei*” (inciso LXII do art. 5º da CF/88); b) “*a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária*” (inciso LXV); c) “*ninguém será levado à prisão ou nela mantido quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança*” (inciso LXI). Tudo a revelar a idéia-força de que o instituto da prisão opera como excepcional afastamento da regra da liberdade de locomoção do indivíduo. Donde a necessidade do seu permanente controle por órgão do Poder Judiciário, quer para determiná-la, quer para autorizar a sua continuidade (quando resultante do flagrante-delito). Vínculo funcional que se mantém até mesmo em período de “Estado de Defesa”, conforme os expressos dizeres dos seguintes preceitos constitucionais:

Art. 136. O Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, decretar estado de defesa para preservar ou prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza.

[...]

§ 3º - Na vigência do estado de defesa:

I - a prisão por crime contra o Estado, determinada pelo executor da medida, será por este comunicada imediatamente ao juiz competente, que a relaxará, se não for legal, facultado ao preso requerer exame de corpo de delito à autoridade policial;

[...]

III - a prisão ou detenção de qualquer pessoa não poderá ser superior a dez dias, salvo quando autorizada pelo Poder Judiciário.

9. Com efeito, a regra geral que a nossa Lei Maior consigna é a da liberdade de locomoção. Regra geral que se desprende do altissonante princípio da dignidade da pessoa humana (inciso III do art. 1º) e assim duplamente vocalizado pelo art. 5º dela própria, Constituição: a) “*é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz [...]*” (inciso XV); b) “*ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal*” (inciso LIV). Daí o instituto da prisão comparecer no mesmo corpo normativo da Constituição como explícita medida de exceção, a saber: “*ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei*” (inciso LXI do art. 5º da CF/88). Mais ainda, desse último dispositivo ressaí o duplo caráter excepcional da prisão em flagrante: primeiro, por se contrapor à regra geral da liberdade física ou espacial (liberdade de locomoção, na linguagem da nossa *Lex Maxima*); segundo, por também se contrapor àquela decretada por ordem escrita e fundamentada da autoridade judicial competente. Daí a imprescindibilidade de sua interpretação restrita, até porque, já o dissemos, a flagrância é acontecimento fugaz do mundo do ser. Existe para se esfumar com o máximo de rapidez, de modo a legitimar o cânone interpretativo da distinção entre ela, prisão em flagrante, e a necessidade de sua continuação.

10. Nessa vertente de idéias, o fato em si da inafiançabilidade dos crimes hediondos e dos que lhes sejam equiparados parece não ter a antecipada força de impedir a concessão judicial da liberdade provisória, jungido que está o juiz à imprescindibilidade do princípio tácito ou implícito da individualização da prisão (não somente da pena). Pelo que a inafiançabilidade da prisão, mesmo em flagrante (inciso XLIII do art. 5º da CF), quer apenas significar que a lei infraconstitucional não pode

prever como condição suficiente para a concessão da liberdade provisória o mero pagamento de uma fiança. Noutros termos, a prisão em flagrante não pré-exclui o benefício da liberdade provisória, mas, tão-só, a fiança como ferramenta da sua obtenção (dela, liberdade provisória). Equivale ainda a dizer: se é vedado levar à prisão ou nela manter alguém legalmente beneficiado com a cláusula da afañçabilidade, a recíproca não é verdadeira: a inafiançabilidade de um crime não implica, necessariamente, vedação do benefício à liberdade provisória, mas apenas sua obtenção pelo simples dispêndio de recursos financeiros ou bens materiais. Tudo vai depender da concreta aferição judicial da periculosidade do agente, atento o juiz aos vetores do art. 312 do Código de Processo Penal.

11. Daqui se segue que nem a inafiançabilidade exclui a liberdade provisória, nem o flagrante pré-exclui a necessidade de fundamentação judicial para a continuidade da prisão. Pelo que, nada obstante a maior severidade da Constituição para com os delitos em causa, só posso concluir que tal resposta normativa de maior rigor penal não tem a força de minimizar e muito menos excluir a participação verdadeiramente central do Poder Judiciário em tema de privação da liberdade corporal do indivíduo. Em suma: a liberdade de locomoção do ser humano é bem jurídico tão superlativamente prestigiado pela Constituição que até mesmo a prisão em flagrante-delito há de ser “imediatamente” comunicada ao juiz para decidir tanto sobre a regularidade do respectivo auto, quanto a respeito da necessidade da sua prossecução. Para o que disporá das hipóteses de incidência do art. 312 do CPP, nelas embutido o bem jurídico da “Ordem Pública”, um dos explícitos fins dessa tão genuína quanto essencial atividade estatal que atende pelo nome de “Segurança Pública” (art. 144 da CF/88). Ordem Pública, por sinal, que está a exigir do Supremo Tribunal Federal uma interpretação que lhe dê claro teor semântico e franca operatividade.

12. Pois bem, na concreta situação dos autos, o paciente, preso em flagrante por supostos delitos de homicídio qualificado e estrangimen-

to ilegal, foi agraciado com a liberdade provisória *em novembro de 2008*. Liberdade provisória embasada na constatação do magistrado de que “*a situação de flagrância inicialmente constatada [...] não há como ser mantida, após a coleta da prova testemunhal, porquanto os requisitos indispensáveis à cautela, não estão sobejamente demonstrados na espécie. Embora nenhuma dúvida paire acerca da materialidade do delito, não se vislumbra neste momento, que os indícios sejam suficientes para a manutenção da prisão cautelar*”.

13. Sucede que, em maio de 2010, o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina cassou a decisão do Juízo de Primeiro Grau. Isto sob o fundamento (único, é bom que se ressalte) de que, “*comprovada a materialidade delitiva e presentes indícios suficientes da autoria, tratando-se de crime hediondo, não há como falar em liberdade provisória*”.

14. Assim postas as coisas, de se ver que o acórdão do Tribunal catarinense nem sequer enfrentou o fundamento lançado pelo Juízo Processante, bem mais próximo à realidade dos autos, para deferir a liberdade provisória ao paciente. Pelo que não encontro na ordem de prisão do paciente o conteúdo mínimo da garantia da fundamentação real das decisões judiciais. Garantia individual que se lê na segunda parte do inciso LXI do art. 5º e na parte inicial do inciso IX do art. 93 do Magno Texto e sem a qual não se viabiliza a ampla defesa, nem se afere o dever do juiz de se manter equidistante das partes processuais em litígio. Noutro falar: garantia processual que junte o magistrado a coordenadas objetivas de imparcialidade e propicia às partes conhecer os motivos que levaram o julgador a decidir neste ou naquele sentido. Entendimento de que não discrepa Aury Lopes Júnior (In: *Introdução Crítica ao Processo Penal: fundamentos da instrumentalidade garantista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 256), *in verbis*:

[...] o poder judicial somente está legitimado enquanto amparado por argumentos cognoscitivos seguros e válidos (não basta apenas boa argumentação), submetidos ao contraditório e refutáveis. A fundamentação

das decisões é instrumento de controle da racionalidade e do sentir do julgador, num assumido anticartesianismo. Mas também serve para controlar o poder, e nisso reside o núcleo da garantia.

15. Nesse contexto, a garantia da fundamentação importa o dever judicante da real ou efetiva demonstração de que a segregação cautelar atende a pelo menos um dos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal. Sem o que se dá a inversão da lógica elementar da Constituição, segundo a qual a presunção de não-culpabilidade é de prevalecer até o momento do trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Até porque a Constituição assegura que a prisão instrumental somente se dará por: “*flagrante delito* ou por *ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente*, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei” (inciso LXI do art. 5º).

16. Presente essa moldura, ultrapasso o óbice da Súmula 691/STF e concedo a ordem. O que faço para restabelecer a decisão que concedeu a liberdade provisória ao paciente, ressalvada a possibilidade de expedição de novo título prisional, fundamentado nas vicissitudes da causa.

17. É como voto.

**SUPERIOR TRIBUNAL
DE JUSTIÇA**

RECURSO ESPECIAL

Recurso Especial n. 1.181.408, de Santa Catarina (2010/0029799-5)

Relator: Ministro Herman Benjamin

Recorrente: Estado de Santa Catarina

Procuradores: Mauro José Deschamps e outros

Recorrido: Ministério Público Federal

Interessados: Tealmo Dettenborn e outro

Advogado: Andre Luiz Arantes Scheidt

Interessado: Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária –
Incra

Procuradores: Valdez Adriani Farias e outro

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DESAPROPRIAÇÃO ATÍPICA. FAIXA DE FRONTEIRA. OESTE DE SANTA CATARINA. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. SÚMULA 329/STJ. OFENSA AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. PRESCRIÇÃO DO DIREITO DE AÇÃO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF. POSSIBILIDADE ABSTRATA DE RATIFICAÇÃO DO TÍTULO DOMINIAL. FALTA DE IMPEDIMENTO À DECRETAÇÃO DE NULIDADE.

1. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC.

2. Não se pode conhecer da tese relativa à prescrição do direito de ação, dada a ausência de prequestionamento, pois a matéria não

foi analisada pelo Tribunal de origem. Incidência, por analogia, da Súmula 282/STF.

3. “O Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública em defesa do patrimônio público” (Súmula 329/STJ), inclusive quanto a litígios de natureza desapropriatória, direta ou indireta.

4. A possibilidade abstrata de ratificação dos títulos conferidos a *non domino* pelos Estados, nos termos da Lei 9.871/1999, é insuficiente ao imediato saneamento do vício, permitindo ao magistrado decretar sua nulidade. Precedentes do STJ.

5. Recurso Especial não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça: “A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a).” Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Cesar Asfor Rocha e Castro Meira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Humberto Martins.

Brasília, 17 de fevereiro de 2011 (data do julgamento).

Ministro Herman Benjamin, Relator.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): Trata-se de Recurso Especial interposto, com fundamento no art. 105, III, “a”, da Constituição da República, contra acórdão assim ementado:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DIREITO ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DESAPROPRIAÇÃO ATÍPICA. OESTE DE SANTA CATARINA. NULIDADE DE TÍTULO DOMINIAIS. INDENIZAÇÃO. DESCABIMENTO.

1. É nulo o título de propriedade outorgado por Estado, a *non domino*, relativamente a imóvel situado em faixa de fronteira, pois se trata de área de domínio da União Federal. Em consequência, é indevido o pagamento de indenização fixada em ação expropriatória atípica, que objetiva a regularização fundiária da região.

2. Ação civil pública julgada procedente para declarar a nulidade dos registros dominiais e determinar a restituição de indenizações pagas, obstando novos pagamentos. (fl. 389, e-STJ)

Foram opostos Aclaratórios, acolhidos tão-somente para fins de questionamento (fls. 398-401, e-STJ).

O recorrente alega, além de divergência jurisprudencial, violação do art. 535 do CPC; art. 4º, *caput* e parágrafo único, da Lei 9.871/1999; art. 1º, IV, da Lei 7.347/1985; art. 81, parágrafo único, I e II, da Lei 8.078/1990; art. 5º do Decreto-Lei 9.760/1946. Sustenta, em suma:

a) a nulidade do acórdão que julgou os Aclaratórios, por incorrer em negativa de prestação jurisdicional;

b) a ilegitimidade ativa *ad causam* do Ministério Público Federal para atuar em Ação de Desapropriação quando se discute a titularidade das terras;

c) a prescrição do direito de ação para a desconstituição dos registros imobiliários, nos termos do Decreto-Lei 20.910/31; e

d) nulidade inexistente do título concedido a *non domino*, haja vista a possibilidade de ratificação da concessão.

Requer a reforma do acórdão de origem a fim de que sejam julgados improcedentes os pedidos iniciais.

Contra-razões às fls. 420-426, e-STJ.

O Ministério Público Federal opina pelo desprovimento do recurso em Parecer (fls. 439-447, e-STJ) assim ementado:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA.

LEGITIMIDADE. MINISTÉRIO PÚBLICO. DESAPROPRIAÇÃO. DEFESA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO. DIREITO DIFUSO E NÃO INDIVIDUAL.

- O Ministério Público, por força do art. 129, III, da CF/88, é legitimado a promover toda e qualquer espécie de ação para defesa do patrimônio público social.

- Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

- Parecer no sentido de desprovimento do recurso.

É o *relatório*.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): Os autos foram recebidos neste Gabinete em 26.3.2010.

Cuida-se, originalmente, de Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público Federal contra o Inbra, o Estado de Santa Catarina e Tealmo Dettenborn e André Luiz Arantes Scheidt, visando à declaração de nulidade de títulos dominiais outorgados a particulares, relativamente a imóveis situados na faixa de fronteira, cuja titularidade pertence à União Federal.

A ação foi julgada procedente para declarar a nulidade dos registros dominiais e determinar a restituição das indenizações pagas, e obstar novos pagamentos.

No presente Recurso Especial, o Estado de Santa Catarina fundamenta-se nas seguintes teses: a) nulidade do acórdão que julgou os Aclaratórios, por incorrer em negativa de prestação jurisdicional; b) ilegitimidade ativa *ad causam* do Ministério Público Federal para atuar em Ação de Desapropriação quando se discute a titularidade das terras; c) prescrição do direito de ação para a desconstituição dos registros imobiliários, nos termos do Decreto-Lei 20.910/31; e d) inexistência de nulidade do título concedido a *non domino*, haja vista a possibilidade de ratificação da concessão.

A irresignação não merece acolhida.

Inicialmente, constata-se que não se configura a ofensa ao art. 535 do Código de Processo Civil, uma vez que o Tribunal de origem julgou integralmente a lide e solucionou a controvérsia, tal como lhe foi apresentada.

Não é o órgão julgador obrigado a rebater, um a um, todos os argumentos trazidos pelas partes em defesa da tese que apresentaram. Deve apenas enfrentar a demanda, observando as questões relevantes e imprescindíveis à sua resolução. Nesse sentido: REsp 927.216/RS, Segunda Turma, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 13/8/2007; e REsp 855.073/SC, Primeira Turma, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, DJ de 28/6/2007.

Por sua vez, não se pode conhecer da irresignação contra a ofensa ao art. 1º do Decreto-Lei 20.910/1932, que embasa a tese da prescrição, pois o referido dispositivo legal não foi analisado pela instância de origem. Tampouco a matéria foi suscitada via Embargos de Declaração. Ausente, portanto, o indispensável requisito do prequestionamento, o que atrai, por analogia, o óbice da Súmula 282/STF: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada.”

No mais, não merece reparo a decisão que concluiu pela legitimidade do Ministério Público para a propositura da Ação Civil Pública *sub examen*.

Com efeito, a defesa do patrimônio público e dos interesses sociais constitui missão primordial e dever constitucional do Ministério Público, nos termos do art. 129, III, da CF/88, *in verbis*:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesse difusos e coletivos.

Na esteira do comando constitucional, o elenco infraconstitucional em vigor (ex: art. 6º, VII, “b”, da LC 75/1993; art. 81 do CDC; art. 17, *caput* e § 4º, da Lei 8.429/1992; art. 25, IV, “a” e “b”, da Lei 8.625/1993; e art. 1º da Lei 7.347/1985) evidencia que o Ministério Público está legitimado para propor Ação Civil Pública em defesa do patrimônio público, assim entendido em sentido amplo, ou seja, o Erário, que pertence indiretamente a toda a sociedade, envolvendo, portanto, interesse difuso da coletividade.

A propósito, este Tribunal Superior editou a Súmula 329, com a seguinte redação: “O Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública em defesa do patrimônio público.”, inclusive quanto a litígios de natureza desapropriatória, direta ou indireta.

Cito precedentes:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. ART. 129, III, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. EX-PREFEITO. ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.

1. O Ministério Público está legitimado à propositura da ação civil pública em defesa de qualquer interesse difuso ou coletivo, abrangendo nessa previsão o resguardo do patrimônio público, com supedâneo no art. 1.º, inciso IV, da Lei n.º 7.347/85, máxime diante do comando do art. 129, inciso III, da Carta Maior, que prevê a ação civil pública, agora de forma categórica, como instrumento de proteção do patrimônio público e social (Precedentes: REsp n.º 861566, Relator Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 23/04/2008; REsp n.º 686.993/SP, Rel.

Min. Eliana Calmon, DJU de 25/05/2006; REsp n.º 815.332/MG, Rel. Min. Francisco Falcão, DJU de 08/05/2006; e REsp n.º 631.408/GO, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJU de 30/05/2005).

2. *Legitimatío ad causam* do Ministério Público à luz da dicção final do disposto no art. 127 da CF, que o habilita a demandar em prol de interesses indisponíveis, na forma da súmula n.º 329, aprovada pela Corte Especial em 02.08.2006, cujo verbete assim sintetiza a tese: “O Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública em defesa do patrimônio público”.

3. Recurso especial provido para determinar o retorno dos autos ao Tribunal de origem, a fim de que aprecie o recurso de apelação.

(REsp 1086147/MG, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/04/2009, DJe 06/05/2009)

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. ENUNCIADO SUMULAR N. 329 DO STJ. REQUERIMENTO. JUSTIÇA GRATUITA. ART. 4º DA LEI 1.060/50.

PRESUNÇÃO JURIS TANTUM. POSSIBILIDADE DE AFASTAMENTO. REVISÃO NESTA CORTE. SÚMULA 07/STJ.

1. Percebe-se que o entendimento esposado pela Corte a quo coaduna-se com a jurisprudência deste Superior Tribunal, ao reconhecer a legitimidade ativa do Parquet visando a apurar improbidade administrativa e tutelar o erário, por meio da ação civil pública, como a hipótese em apreço.

2. Com efeito, as reiteradas decisões no mesmo sentido acarretaram a edição da Súmula n. 329/STJ, in verbis: “[o] Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública em defesa do patrimônio público”.

3. Esta Corte possui o entendimento de que o benefício da justiça gratuita pode ser pleiteado a qualquer tempo, bastando, para obtenção do benefício, a simples afirmação do requerente de que não está em condições de arcar com as custas do processo e com os honorários advocatícios. Sendo assim, a afirmação de hipossuficiência possui presunção iuris tantum, contudo pode o magistrado indeferir a assistência judiciária se não encontrar fundamentos que confirmem o estado de hipossuficiência do requerente.

4. Recurso especial a que se nega provimento.

(REsp 1196896/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/09/2010, DJe 04/10/2010)

No mérito, ressalto que a possibilidade abstrata de ratificação dos títulos conferidos a *non domino* pelos Estados, nos termos da Lei 9.871/1999, não é suficiente ao imediato saneamento do vício, permitindo ao magistrado decretar a sua nulidade. Nesse sentido:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. NÃO-COMPROVAÇÃO. DESCUMPRIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. INEXISTÊNCIA DE JULGAMENTO *EXTRA PETITA*. LEGITIMIDADE DO ESTADO DO PARANÁ. PREVISÃO LEGAL. ART. 3º DA LEI 9.871/1999. AÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO. TERRAS DE FRONTEIRA. DEBATE ACERCA DA PROPRIEDADE PÚBLICA DOS IMÓVEIS. VIABILIDADE. POSSIBILIDADE ABSTRATA DE RATIFICAÇÃO DO TÍTULO DOMINIAL. AUSÊNCIA DE IMPEDIMENTO À DECRETAÇÃO DE NULIDADE.

1. A divergência jurisprudencial deve ser comprovada, cabendo a quem recorre demonstrar as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, com indicação da similitude fática e jurídica entre eles.

Indispensável a transcrição de trechos do relatório e do voto dos acórdãos recorrido e paradigma, realizando-se o cotejo analítico entre ambos, com o intuito de bem caracterizar a interpretação legal divergente. O desprezo a esses requisitos legais e regimentais (art. 541, parágrafo único, do CPC e art. 255 do RI/STJ) impede o conhecimento do Recurso Especial, com base no art. 105, III, alínea “c”, da Constituição Federal.

2. A questão concernente à nulidade do título dominial foi amplamente debatida desde a petição inicial da presente lide, possibilitando a ampla defesa e o contraditório pelo recorrente. Desse modo, não há falar em julgamento extra petita e, por óbvio, em ofensa ao art. 460 do Código de Processo Civil.

3. Ainda que assim não fosse, por se tratar de matéria de ordem pública, qual seja, uma das condições da ação, poderia ser reconhecida até mesmo de ofício pelo juízo a quo.

4. O art. 3º da Lei 9.871/1999 é expresso ao determinar que, em Ação de Desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária, o

Estado no qual se situa a área *sub judice* será chamado para integrar a lide se o imóvel rural não tiver sido destacado validamente do domínio público por título formal, como ocorre no presente caso.

5. O STJ pacificou o entendimento de ser possível o debate acerca do domínio público dos imóveis, no bojo da Ação de Desapropriação, desde que suscitado pela própria entidade pública a quem caberia pagar por eventual indenização.

6. A possibilidade abstrata de ratificação dos títulos conferidos a *non domino* pelo Estado do Paraná, nos termos da Lei 9.871/1999, é insuficiente ao imediato saneamento do vício, permitindo ao magistrado decretar sua nulidade. Precedentes do STJ.

7. Recurso Especial não provido.

(REsp 961.050/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/02/2010, DJe 04/03/2010)

(...)

4. Recurso do Incra: A mera possibilidade abstrata de ratificação dos títulos conferidos pelo Estado do Paraná, consoante dispõe a Lei nº 9.871/99, não sana, automaticamente, o vício, o que possibilita o magistrado, após tal constatação, decretar a nulidade do título, como, aliás, determina o sistema de nulidades previsto no Código Civil (parágrafo único do artigo 168).

5. Recurso especial interposto pelo MPF conhecido em parte e provido. Recurso do Incra provido.

(REsp 861.910/PR, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/11/2009, DJe 19/11/2009, grifei)

Quanto ao alegado dissídio, registro que o acórdão recorrido está em sintonia com o atual entendimento deste Tribunal Superior, razão pela qual incide, *in casu*, o princípio estabelecido na Súmula 83/STJ: “Não se conhece do Recurso Especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida.”

Ante o exposto, nego provimento ao Recurso Especial.

É como voto.

RECURSOS EM MANDADO DE SEGURANÇA

Recurso em Mandado de Segurança n. 17.554, de Santa Catarina (2003/0218901-4)

Relator: Ministro Celso Limongi (Desembargador Convocado Do TJ/SP)

Recorrente: Marliza Colle Bitencourt

Advogados: Sebastião da Silva Porto 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: Ministério Público do Estado de Santa Catarina

Recorrido: Estado de Santa Catarina

Procuradores: Katia Simone Antunes Laske e outro

EMENTA

ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. PENA DISCIPLINAR. DEMISSÃO. CARGO EFETIVO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA. TÉCNICO JUDICIÁRIO AUXILIAR. EXERCÍCIO DA FUNÇÃO DE ESCRIVÃ JUDICIAL DA 1ª VARA CRIMINAL DA COMARCA DE CRICIÚMA/SC. PRESCRIÇÃO. AÇÃO DISCIPLINAR. TERMO INICIAL E TERMO INTERRUPTIVO DO PRAZO PRESCRICIONAL. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Aplicáveis ao Técnico Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, exercente da função comissionada de

escrivão judiciário, quando submetido a procedimento administrativo disciplinar, tanto a Lei estadual nº 5.624/1979 (Código de Divisão e Organização Judiciárias do Estado de Santa Catarina) como a Lei estadual nº 6.745/1985 (Estatuto dos Servidores do Estado de Santa Catarina). Isto, porque ambos os diplomas legais se complementam, contendo dispositivos que clamam por essa integração.

2. Na espécie, não se mostram caracterizados o *bis in idem* e a *reformatio in pejus*, pois a pena de suspensão aplicada decorreu da insubordinação da servidora à determinação de relocação junto ao Juizado Especial, enquanto a pena de demissão decorreu do procedimento administrativo disciplinar destinado à apuração de atos de improbidade administrativa.

3. O tema relativo à prescrição da pretensão investigatória e punitiva da Administração, em razão da peculiaridade do caso concreto, não deve ser enfrentado em tema de recurso ordinário em mandado de segurança, porque os autos não contêm a cópia integral do procedimento administrativo disciplinar que se pretende ver anulado, exigindo-se, assim, dilação probatória.

4. Recurso ordinário em mandado de segurança a que se nega provimento.

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, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE), Maria Thereza de Assis Moura e Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.
Brasília (DF), 18 de novembro de 2010(Data do Julgamento)
Ministro Celso Limongi, Relator
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP) (Relator): Trata-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto por Marliza Colle Bittencourt contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina que lhe denegou ordem de segurança, nos termos da seguinte ementa (fls. 593):

MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PENA DE DEMISSÃO SIMPLES. TÉCNICA JUDICIÁRIA AUXILIAR DESIGNADA PARA EXERCER AS FUNÇÕES DE ESCRIVÁ JUDICIAL. APLICAÇÃO DO REGIME DISCIPLINAR PREVISTO NOS ARTS. 364 E 372, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO DE DIVISÃO E ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DE SANTA CATARINA.

“Aos funcionários da Justiça, enquanto designados para exercer funções de auxiliares da Justiça, aplica-se o regime disciplinar previsto no art. 364 deste Código” (parágrafo único do art. 372 do CDOJESC).

PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA ADMINISTRATIVA. INOCORRÊNCIA. EXEGESE DO ART. 150 DO ESTATUTO DOS SERVIDORES PÚBLICOS DO ESTADO DE SANTA CATARINA. OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. VIOLAÇÃO DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO AUSENTE. ORDEM DENEGADA.

Em suas razões de recurso ordinário em mandado de segurança (fls. 692/658), sustenta a recorrente:

1) inexistência de atribuição legal ao Conselho Disciplinar da Magistratura do Estado de Santa Catarina para conduzir o procedimento

administrativo disciplinar, cujo objeto consistiu na apuração de atos de improbidade administrativa praticados por Técnico Judiciário Auxiliar no exercício do cargo de escrivão judicial, por substituição, devendo ser julgada, exclusivamente, sob a égide do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado (Lei estadual nº 6.745/1985);

2) prescrição da pretensão investigatória e punitiva da Administração, pois decorridos mais de cinco anos da data do conhecimento dos fatos apurados pela autoridade processante e a expedição do ato de demissão, decorrente do procedimento administrativo disciplinar. Neste ponto, argumenta que o prazo prescricional teve início em 18 de julho de 1994, data em que fora aberta sindicância, e o ato de demissão publicado no ano de 2002, não podendo o julgamento do recurso administrativo confirmatório da pena sugerida ter o condão de suspender o prazo prescricional;

3) violação de coisa julgada administrativa, pois fora punida com pena de suspensão por trinta dias em primeiro procedimento administrativo instaurado no ano de 1994, e, em segundo procedimento administrativo fora condenada à demissão. Neste ponto entende ter ocorrido *bis in idem* e, também, *reformatio in pejus*.

Em contrarrazões ao recurso ordinário em mandado de segurança (fls. 666/679), sustenta o Estado de Santa Catarina a manutenção do acórdão recorrido.

Noticiam os autos que Marliza Colle Bittencourt, então ocupante do cargo efetivo de Técnico Judiciário Auxiliar do quadro de servidores efetivos do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, atuando, sob a forma de substituição, no cargo de escrivão do primeiro cartório criminal desse Tribunal, nos anos de 1988, 1989 e 1992, na comarca de Criciúma/SC, fora indiciada pela prática de ato de improbidade administrativa, durante o exercício da substituição de função.

Em 18/07/1994, após o recebimento do Ofício nº 005/1994, expedido pelo Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal de Criciúma/SC, dando conta de irregularidades cometidas pela escritã, ora recorrente, quando em substituição na 1ª vara criminal, juntamente com outros servidores e advogado, fora aberta, no âmbito do TJ/SC, sindicância para apuração dos indícios, com base no Estatuto dos Servidores do Estado de Santa Catarina, Lei estadual 6.745/1985, artigo 137, III.

Do referido ofício 005/1994 decorreu, além da mencionada sindicância, ação penal, nesta a recorrente fora denunciada pelos crimes tipificados nos arts. 312, § 1º; 293, V, combinados com os arts. 295 e 319, todos do CP (fls. 369), e condenada à pena de dois anos de reclusão, pena essa alcançada pela prescrição da pretensão executória do Estado (fls. 530).

Da sindicância administrativa, de natureza correcional, resultaram as determinações de relotação da servidora e de abertura de procedimento administrativo disciplinar, em 19/10/1994 (fls. 476), determinações essas do Corregedor-Geral de Justiça.

A servidora não se submeteu à determinação de relotação ao Juizado Especial. Aplicou-se-lhe, então, a pena de suspensão por trinta dias.

A pena de suspensão fora anulada (fls. 119), por não lhe ter sido oportunizado o devido procedimento administrativo.

Do PAD, propriamente, resultou a pena de demissão, apoiada no Relatório constante a fls. 484/497.

Contra o acórdão demissório, proferido pelo Conselho da Magistratura, por votação unânime, a servidora interpôs recurso administrativo, dirigido ao Órgão Especial do Tribunal de Justiça de Santa Catarina (fls. 498/516).

O recurso fora julgado em 3 de novembro de 1998, por maioria de votos, ao qual se deu parcial provimento, para afastar a capitulação

prevista no item 13 do inciso II do Estatuto dos Servidores do Estado de Santa Catarina, relativamente à falsificação de documento ou utilização de documento falso.

Contra o acórdão do Órgão Especial foram opostos embargos de declaração, rejeitados ao final, no ano de 1998.

Em data de 23 de julho de 2002 fora publicado o ato de demissão da servidora Marliza Colle Bittencourt.

Contra o ato demissório a servidora, ora recorrente, impetrou mandado de segurança perante do TJ/SC.

Prestadas as informações (fls. 570/573) pela autoridade apontada coatora, o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina denegou a segurança, afastando a ausência de atribuição legal do Conselho da Magistratura para apuração dos fatos e, também, afastando a prescrição da pretensão punitiva da Administração, nos termos da ementa supra transcrita.

Opostos embargos de declaração, foram eles rejeitados (fls. 620/626).

Processado o recurso ordinário em mandado de segurança, os autos ascenderam ao STJ.

O Ministério Público Federal, em seu parecer (fls. 708/717) opina pelo não provimento do recurso ordinário.

É o relatório.

VOTO

OXMO. SR. MINISTRO CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP) (Relator): O recurso ordinário em mandado de segurança objetiva desconstituir acórdão que concluiu pela legalidade da pena de demissão do cargo de Técnico Judiciário Auxiliar do

Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina imposta à Marliza Colle Bitencourt, ora recorrente.

A linha de defesa da recorrente está calcada em três pontos fundamentais, a saber: falta de atribuição legal do órgão Conselho da Magistratura, para processamento e julgamento do procedimento administrativo disciplinar; ocorrência de *bis in idem* e *reformatio in pejus*, em razão de ter sido submetida a dois procedimentos disciplinares apuratórios do mesmo fato, com penas distintas, a segunda, ainda, mais gravosa; a prescrição da pretensão punitiva da Administração.

No tocante à inexistência de atribuição legal do Conselho Disciplinar da Magistratura, a alegação não merece ser acolhida.

De feito, cumpre observar que a recorrente ao tempo da apuração dos fatos era servidora titular do cargo efetivo de Técnico Judiciário do Estado de Santa Catarina, mas exercia a função de escrivã judiciária da 1ª Vara Criminal do Tribunal.

A Lei estadual n. 6.745/1985, o Estatuto dos Servidores do Estado de Santa Catarina, dispõe em seu art. 1º que esse Estatuto estabelece o regime jurídico dos servidores públicos dos três Poderes do Estado e do Tribunal de Contas.

Por sua vez, a Lei estadual n. 5.624/1979, Código de Divisão e Organização Judiciárias do Estado de Santa Catarina, em seu art. 1º estipula que esse Código regula, além da divisão e organização judiciárias do Estado, a própria administração da Justiça e seus serviços auxiliares.

Em seu art. 66 esclarece que se compreendem como funcionários da Justiça os do Quadro do Pessoal do Tribunal de Justiça e da Corregedoria Geral, os do Juízo de Menores da comarca da Capital e os demais servidores encarregados dos serviços administrativos dos Juízos de Direito.

Seu art. 372 esclarece que aos servidores da Justiça, elencados no art. 66, serão aplicáveis as penalidades previstas no Estatuto dos Servidores do Estado de Santa Catarina e pela forma nele regulada. Seu parágrafo único acrescenta que, aos servidores da Justiça, enquanto designados para exercer funções de auxiliares da Justiça, se aplica o regime disciplinar previsto no art. 364 do Código de Divisão e Organização Judiciária.

O *caput* do art. 370 do Código de Divisão e Organização Judiciária do Estado de Santa Catarina merece destaque *in verbis*:

Art. 370. A aplicação de pena de suspensão por mais de 30 (trinta) dias e *a de demissão, prevista no § 5º do art. 364*, depende de processo administrativo instaurado pelo Corregedor Geral e julgado pelo Conselho Disciplinar da Magistratura, podendo o primeiro delegar essa sua atribuição aos juízes. (Destaque nosso)

O dispositivo citado apresenta clareza no tocante à atribuição dada ao Conselho Disciplinar da Magistratura para processar servidor cuja prática de conduta enseje a pena de demissão.

Acrescente-se o teor do art. 364 do mesmo diploma legal, *in verbis*:

Art. 364. No uso de suas atribuições os órgãos incumbidos da disciplina judiciária, em caso de transgressão, poderão aplicar aos juízes vitalícios as seguintes penas disciplinares:

- a) advertência;
- b) censura;
- c) remoção compulsória;
- d) disponibilidade com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço;
- e) aposentadoria compulsória com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço;
- f) demissão.

§§ 1º ao 4º (...)

§ 5º. Aos advogados de ofício, serventuários não vitalícios e auxiliares da Justiça (artigo 68), além das penas previstas no parágrafo anterior,

poderá, ainda, ser aplicada a pena de demissão, por proposta do Conselho Disciplinar da Magistratura à autoridade competente.

Reforce-se: a recorrente ocupava o cargo efetivo de Técnico Judiciário Auxiliar, mas estava investida na função de escritvã judicial, por substituição, quando os fatos foram flagrados e o procedimento administrativo disciplinar instaurado.

Considero improcedente a alegação de que o procedimento administrativo disciplinar não poderia estar embasado nas normas contidas no Código de Divisão e Organização Judiciária.

Pelo contrário, o PAD fora embasado em ambas as legislações que se complementam por recomendação legal, pois o art. 439 do Código de Divisão e Organização Judiciária contém a disposição de que serão aplicáveis tanto aos Magistrados como aos Servidores da Justiça as disposições do Estatuto dos Servidores do Estado de Santa Catarina naquilo que não estiver disposto no Código de Divisão e Organização Judiciária do Estado de Santa Catarina.

No tocante à existência de coisa julgada administrativa formada no primeiro procedimento administrativo que redundou na pena de suspensão, o pedido, igualmente, não prospera. Isto, porque esse primeiro procedimento fora instaurado para apurar ato de insubordinação da servidora quanto à determinação de relocação no Juizado Especial do Estado de Santa Catarina, procedimento esse anulado por falta de oportunização do exercício do direito à ampla defesa, tendo outro procedimento administrativo disciplinar sido instaurado, com observância das garantias constitucionais.

Confirmam-se os termos de recomendação da comissão de sindicância (fls. 103) *in verbis*:

- 1) Avocar a esta Direção a funcionária Marilza Colle Bittencourt, lotando-a, a partir desta data, no Juizado Especial;
- 2) (...)

3) Encaminhar estes autos de sindicância ao Exmo. Sr. Desembargador Corregedor Geral de Justiça, nos termos do art. 363 e seguintes do C.D.O.J.E.S.C., para apuração minuciosa dos fatos levantados, dando-se um basta às dúvidas que pairam sobre a idoneidade dos serviços afetos à Unidade Jurisdicional onde lotados os funcionários nominados.

Em verdade, a despeito do tema da violação da coisa julgada administrativa, bem como da *reformatio in pejus* administrativa, consta dos autos (fls. 118/119) que a recorrente fora punida por ato de insubordinação à ordem de relotação, conduta diversa da apurada no procedimento administrativo disciplinar, isto é improbidade administrativa, que culminou na pena de demissão.

No tocante ao tema da prescrição, o pedido, igualmente, não deve ser atendido.

De feito, o Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Estado de Santa Catarina, Lei estadual nº 6.745/1985, dispõe em seu art. 150 *in verbis* :

Art. 150. Prescreve a ação disciplinar:

I - (...);

II - *em 05 (cinco) anos, quanto aos fatos punidos com a pena de demissão, de cassação de aposentadoria ou de cassação de disponibilidade, ressalvada a hipótese do art. 151, deste Estatuto.*

§ 1º - *O prazo de prescrição começa a correr:*

a) *do dia em que o ilícito se tornou conhecido de autoridade competente para agir;*

b) *nos ilícitos permanentes ou continuados, do dia em que cessar a permanência ou a continuação.*

§ 2º - *O curso da prescrição interrompe-se:*

a) *com a instauração do processo disciplinar;*

b) *com o julgamento do processo disciplinar.*

§ 3º - *Interrompida a prescrição, todo o prazo começa a correr novamente do dia da interrupção. (Destaques nossos)*

Da análise dos autos, verifica-se que a ciência inequívoca da conduta irregular da servidora pela Administração, acerca dos atos de improbidade administrativa, ocorreu em 18/07/1994, com a abertura imediata de sindicância e, posterior instauração do procedimento administrativo, em 19 de outubro de 1994 (fls. 476).

O procedimento administrativo disciplinar é ato que interrompe a prescrição, nos termos do citado art. 150, § 2º, alínea “a”, do Estatuto dos Servidores, dispositivo supra citado.

Em 11 de setembro de 1996, após regular procedimento, o Conselho Superior da Magistratura decidiu pela pena demissão simples da servidora.

Cabe salientar que demissão simples, de acordo com o art. 139 do Estatuto dos Servidores, diferentemente da demissão qualificada, incompatibiliza o servidor público com o exercício de cargo ou emprego público pelo período de dois a quatro anos.

Em 14 de outubro de 1996, a servidora apresentou recurso administrativo com pedido de efeito suspensivo, o qual fora deferido, pois previsto, expressamente, no Código de Divisão e Organização Judiciária, Lei estadual n. 5.624/79, em seu art. 375, parágrafo único.

Em 9/11/1998 o recurso administrativo, ao qual foi atribuído efeito suspensivo pelo Relator, fora provido em parte, retirando a imputação relativa à falsidade de documentação. Decisão publicada em 29/6/1999, no Diário da Justiça do Estado de Santa Catarina, o Tribunal Pleno de Santa Catarina manteve a pena de demissão.

Opostos embargos de declaração em 3 de agosto de 1999, que não foram providos, acórdão publicado em 5 de abril de 2000.

Em 29 de julho de 2002, após o trânsito em julgado do acórdão, o ato de demissão, ora impugnado, fora publicado.

Acrescente-se a isso, apenas para fins de registro complementar, que os ilícitos administrativos apurados, também foram tipificados como crime pelo Código Penal. A recorrente fora denunciada pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina, como incurso nas condutas delituosas previstas nos artigos 312, § 1º; 293, V; 319, e 295, todos do Código Penal Brasileiro. Ao final do processo penal recebeu a pena de dois anos de reclusão e dez dias-multa. Todavia, fora reconhecida a prescrição da pretensão executória do Estado (fls. 528/530).

Entendo que a prescrição da pretensão punitiva administrativa não está caracterizada. Os fatos foram conhecidos em 1994; o procedimento administrativo disciplinar instaurado nesse ano, a partir dessa interrompeu o prazo prescricional.

Importante reforçar que a apuração de infração disciplinar não dispensa procedimento administrativo disciplinar, quando a pena prevista em lei for de demissão, como na espécie.

Consoante jurisprudência do STJ, apenas, a partir da instauração do procedimento administrativo disciplinar obrigatório, como costumam ser os que apuram infrações disciplinares punidas com pena de demissão, é que será interrompido o prazo prescricional.

Confirmam-se os precedentes colacionados:

Administrativo. Mandado de segurança. Servidora pública estadual. Demissão. Prescrição quinquenal. Interrupção. Correição ordinária. Inquérito disciplinar. Instauração. Autoridade administrativa. Vinculação. Portaria de enquadramento. Pena sugerida pela comissão.

- A interrupção do prazo prescricional quinquenal das ações disciplinares ocorre com a abertura de sindicância ou, quando for o caso, como a instauração do processo administrativo.

- A sindicância que interrompe o fluxo prescricional é aquela realizada como meio sumário de apuração de faltas e aplicação de penalidades outras que não a demissão, e não o procedimento meramente apuratório

e esclarecedor de fatos, desprovido do contraditório e da ampla defesa e que não dispensa a posterior instauração do processo administrativo.

- Na hipótese, tendo sido aplicada a pena de demissão quando ainda não transcorrido o prazo de cinco anos contado a partir da Portaria de instauração do processo administrativo, único marco interruptivo, não há que se falar em prescrição.

- Em sede de processo administrativo, pode a autoridade administrativa, na aplicação da condenação, conferir ao fato descrito na Portaria de Enquadramento definição jurídica diversa, não se vinculando, ainda, ao parecer da comissão processante, mesmo que tenha que aplicar pena mais severa, desde fundamentadamente.

- A substituição da pena disciplinar de demissão pela de suspensão é um direito subjetivo do indiciado, desde que presentes os requisitos subjetivos exigidos na dosimetria da aplicação das penalidades.

- Reconhecida pela comissão processante e reafirmado pela assessoria jurídica da autoridade administrativa a presença das circunstâncias atenuantes, frente aos bons antecedentes da indiciada e à ausência de prejuízo para o erário, deve ser assegurado o benefício de pena mais branda.

- Recurso ordinário provido. Segurança concedida. (RMS 10316/SP, 6ª Turma, Min. Rel. Vicente Leal, DJU 22/05/2000)

AGRAVO REGIMENTAL. MANDADO DE SEGURANÇA. SINDICÂNCIA. FALTA FUNCIONAL PASSÍVEL DE DEMISSÃO. PRESCRIÇÃO. INTERRUÇÃO. INSTAURAÇÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. TUTELA ANTECIPADA ANTERIOR. REVOGAÇÃO. APELAÇÃO. DUPLO EFEITO. IRRELEVÂNCIA.

I - A sindicância só interromperá a prescrição quando for meio sumário de apuração de infrações disciplinares que dispensam o processo administrativo disciplinar. Quando, porém, é utilizada com a finalidade de colher elementos preliminares de informação para futura instauração de processo administrativo disciplinar, esta não tem o condão de interromper o prazo prescricional para a administração punir determinado servidor, até porque ainda nesta fase preparatória não há qualquer acusação contra o servidor. Precedente.

II - Interrompido pela instauração do PAD, a Administração dispõe do prazo máximo de 140 dias para conclusão e julgamento, findo o qual reinicia-se a contagem do prazo prescricional. Precedentes.

III - Ainda que recebida no duplo efeito a apelação que julgou improcedente a demanda, não surte mais efeitos a decisão provisória que havia concedida a tutela antecipada. Agravo regimental desprovido. (AgRg no MS 13072/DF, 3ª Seção, Min. Rel. Felix Fischer, DJU 14/11/2007)

Outro aspecto que precisa ser identificado neste caso diz com a prescrição da pretensão executória para Administração efetivar a pena de demissão imposta à recorrente, sob a alegação do transcurso de tempo maior que cinco anos entre o conhecimento pela Administração das infrações cometidas e a aplicação da pena disciplinar, precisamente oito anos entre o conhecimento dos fatos pela Administração, em 1994, e a aplicação da pena em 2002.

Por oportuno, reitera-se que o artigo 150 do Estatuto dos Servidores Públicos do Estado de Santa Catarina, Lei estadual nº 6.745/1985, dispõe *in verbis* :

Art. 150. Prescreve a ação disciplinar:

I- em 02 (dois) anos, quanto aos fatos punidos com repreensão, suspensão, ou destituição de encargo de confiança:

II- em 05 (cinco) anos, quanto aos fatos punidos com a pena de demissão, de cassação de aposentadoria ou de cassação de disponibilidade, ressalvada a hipótese do art. 151, deste Estatuto.

§ 1º - O prazo de prescrição começa a correr:

a) do dia em que o ilícito se tornou conhecido de autoridade competente para agir;

b) nos ilícitos permanentes ou continuados, do dia em que cessar a permanência ou a continuação.

§ 2º- *O curso da prescrição interrompe-se:*

a) com a instauração do processo disciplinar;

b) *com o julgamento do processo disciplinar.*

§ 3º - Interrompida a prescrição, todo o prazo começa a correr novamente do dia da interrupção. (Destques nossos)

Esse dispositivo foi objeto de apreciação da egrégia Sexta Turma, nos autos do RMS 22.659/SC, que, ao interpretar o tema da interrupção do prazo prescricional com base no dispositivo supra citado, definiu que a Lei estadual nº 6.745/85 não utiliza a expressão “julgamento final” quando prevê a interrupção da prescrição, mas sim o termo “julgamento” que, nos termos do artigo 159, alínea “e”, do mesmo Diploma, corresponde à fase do procedimento administrativo posterior à prolação do Relatório Final elaborado pela Comissão Processante.

Consoante precedente RMS 22.659/SC, o julgamento do procedimento administrativo corresponde à decisão proferida pela autoridade competente no seio do procedimento administrativo disciplinar. A Sexta Turma não considerou, portanto, o julgamento de eventual recurso como marco interruptivo da prescrição.

Confira-se a ementa do citado julgado:

RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PRESCRIÇÃO. INTERRUÇÃO. JULGAMENTO.

1. Prevendo o Estatuto dos Servidores Públicos do Estado de Santa Catarina a interrupção da prescrição com o julgamento do processo disciplinar, não se está considerando o julgamento de eventual recurso como marco interruptivo do prazo prescricional, mas sim a data da decisão proferida pela autoridade competente no seio do processo disciplinar.

2. Recurso ordinário improvido. (RMS 22659/SC, Sexta Turma, Ministro Relator Maria Thereza de Assis Moura, DJe 17/05/2010)

Na espécie, a peculiaridade está em que ao recurso administrativo interposto pela servidora fora dado efeito suspensivo, e provido em parte mínima do pedido, para retirar o tipo relativo à falsificação de documento ou uso de documento falso.

Muito embora esta relatoria tenha votado no citado precedente, acompanhando a Turma, cumpre destacar que, na espécie, não poderia correr a prescrição para execução da pena de demissão, enquanto pendente recurso administrativo em que atribuído o efeito suspensivo à execução da pena de demissão.

O decurso do tempo de duração do PAD, instaurado no ano de 1994, com tramitação até 2002 com a publicação do ato demissório, ora atacado, deu-se em função, também, consoante afirmações da autoridade apontada coatora, integrante do órgão julgador *a quo*, da intensa atuação peticionária da servidora.

Ademais, a prova preconstituída colacionada nos autos, é absolutamente incompleta. Não foi juntado o inteiro teor do PAD, dificultando a exata compreensão da concatenação dos atos procedimentais e, ainda, alguns documentos extraídos da ação penal foram juntados de forma repetitiva. A mim me parece que a recorrente juntou aos autos, somente, o que lhe interessava, confundindo o julgador.

Seria muito temerário, ante a gravidade dos fatos apurados, e após longa apuração administrativa, refutar ou acolher em recurso ordinário em mandado de segurança, o instituto da prescrição da pretensão executória da pena administrativa.

A jurisprudência do STJ recomenda: não existindo nos autos cópia integral do procedimento administrativo disciplinar, fica inviabilizada a análise apurada das alegações feitas pela parte requerente da segurança.

Ilustrativamente:

MANDADO DE SEGURANÇA. AUDITORA FISCAL DA RECEITA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA. ALEGAÇÃO DE PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. EXISTÊNCIA DE CONDENAÇÃO CRIMINAL. APLICAÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL PREVISTO NO

CPB. AUSÊNCIA DE CÓPIA DO PAD. IMPOSSIBILIDADE DE DETERMINAÇÃO DO TERMO INICIAL DO LAPSO TEMPORAL. NÃO DEMONSTRAÇÃO DE DIREITO SUBJETIVO NA ESMERADA POSIÇÃO DE LIQUIDEZ E CERTEZA. PROCESSO EXTINTO, SEM APRECIÇÃO DE MÉRITO.

1. (...)

2. O pedido de segurança há de ser instruído com documentos que revelem, de plano, a existência de direito subjetivo na esmerada posição de liquidez e certeza, sem o que não se possibilita o trânsito do pleito mandamental; a restrição probatória, na ação mandamental, desde a sua mais recuada elaboração, sempre pertenceu à inadmissibilidade de dilação, por descaber, no seu âmbito, a produção desses elementos elucidadores de fatos, o que importaria na sua ordinarização e perda do seu status de medida excepcional.

3. Não há, nos autos, cópia integral do Processo Administrativo Disciplinar, o que inviabiliza a análise apurada das alegações feitas pela impetrante. A simples juntada de cópia da capa dos autos do referido procedimento não traz ao conhecimento desta Corte as informações necessárias para a aferição do termo inicial do prazo prescricional.

4. Processo mandamental extinto sem apreciação de seu mérito, com ressalva das vias ordinárias. Agravo Regimental prejudicado. (MS 14320/DF, Terceira Seção, Min. Rel. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 14/05/2010)

Conclui-se que a análise do tema relativo à prescrição fica prejudicado, na espécie, ante a insuficiência da prova preconstituída, que não revela os atos do PAD de maneira completa. Não se perca de vista que o ônus da prova é do autor, consoante art. 396 do CPC, especialmente em mandado de segurança, que exige a prova documental do alegado direito líquido e certo.

Ante o exposto, conheço do recurso ordinário em mandado de segurança, mas nego-lhe provimento.

Recurso em Mandado de Segurança n. 31.893, de Santa Catarina (2010/0060530-7)

Relator: Ministro Mauro Campbell Marques

Recorrente: Elizabete José de Oliveira

Advogados: José Sérgio da Silva Cristóvam e outro

Recorrido: Estado de Santa Catarina

Procuradores: Osmar José Nora e outro

EMENTA

CONSTITUCIONAL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. APOSENTADORIA ESPECIAL DE PROFESSORA. CÔMPUTO DO TEMPO DE SERVIÇO EXCLUSIVAMENTE PRESTADO EM EFETIVO EXERCÍCIO DE FUNÇÕES DE MAGISTÉRIO, MESMO QUE FORA DA SALA DE AULA. POSSIBILIDADE. INOVAÇÃO DA CAUSA NA INSTÂNCIA RECURSAL QUANTO AO PEDIDO DE RECONHECIMENTO DO ALEGADO DIREITO AOS PROVENTOS DE APOSENTADORIA, AO ABONO DE PERMANÊNCIA E AO ADICIONAL DE PERMANÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE.

1. Não procede a questão preliminar suscitada pelo Estado de Santa Catarina, no sentido de as autoridades impetradas não teriam legitimidade para figurar no pólo passivo do mandado de segurança, haja vista que a superveniente transferência para o Instituto de Previdência do Estado de Santa Catarina, das atribuições referentes à concessão de aposentadoria e ao pagamento dos respectivos proventos, não tem o condão de cessar a eficácia dos atos praticados à época do ajuizamento da ação mandamental.

2. O STF, no julgamento da ADI n. 3772/DF (Rel. p/ acórdão Min. Ricardo Lewandowski, DJe 27.3.2009), decidiu que as fun-

ções de direção, coordenação e assessoramento pedagógico integram a carreira do magistério, desde que exercidos, em estabelecimentos de ensino básico, por professores de carreira, excluídos os especialistas em educação, fazendo jus aqueles que as desempenham ao regime especial de aposentadoria estabelecido nos arts. 40, § 4º, e 201, § 1º, da Constituição. No mesmo sentido são os seguintes precedentes deste Tribunal Superior: REsp 1.194.698/ES, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe 12.8.2010; RMS 27.496/MG, 5ª Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe 3.8.2009.

3. Por ser vedada a inovação da causa na instância recursal, não se conhece do recurso ordinário no ponto em que a impetrante requer o reconhecimento do alegado direito aos proventos de aposentadoria, ao abono de permanência e ao adicional de permanência.

4. Recurso ordinário parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido, tão-somente para determinar que, no exame do pedido de aposentadoria especial formulado pela professora recorrente, as autoridades impetradas procedam ao cômputo do tempo de serviço exclusivamente prestado em efetivo exercício de funções de magistério, mesmo que fora da sala de aula.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos esses autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEGUNDA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, o seguinte resultado de julgamento:

“A Turma, por unanimidade, conheceu em parte do recurso ordinário e, nessa parte, deu-lhe provimento, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a).”

Os Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha, Castro Meira, Humberto Martins (Presidente) e Herman Benjamin votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 07 de dezembro de 2010.

Ministro Mauro Campbell Marques, Relator

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES (Relator): Trata-se de recurso ordinário interposto por Elizabete José de Oliveira, com fundamento no art. 105, II, *b*, da Constituição da República, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, que, nos termos da seguinte ementa, denegou o mandado de segurança:

MANDADO DE SEGURANÇA - PEDIDO DE APOSENTADORIA ESPECIAL DE PROFESSORA INDEFERIDO PELA SED - PEDIDO DE CONTAGEM DE TEMPO DE SERVIÇO - CÔMPUTO COM BASE NO DISPOSTO NO § 5º ART. 40 DA CRFB - LEI 11.301/06 QUE ACRESCENTOU § 2º AO ART. 67 DA LEI DE DIRETRIZES E BASES DA EDUCAÇÃO NACIONAL - NORMA INFRACONSTITUCIONAL QUE MODIFICOU O TEXTO DA CARTA MAIOR - INCONSTITUCIONALIDADE - MATÉRIA SUMULADA PELO STF SOB O N. 726 - IMPETRANTE QUE EXERCEU FUNÇÃO DE DIREÇÃO - NECESSIDADE DE ATUAÇÃO EXCLUSIVA, POR 25 (VINTE E CINCO) ANOS, EM SALA DE AULA - REQUISITO NÃO PREENCHIDO - SEGURANÇA DENEGADA.

No recurso ordinário, a professora recorrente sustenta tanto a constitucionalidade da Lei n. 11.301/06 quanto a inaplicabilidade da Súmula n. 726/STF, e, na esteira do entendimento firmado pelo STF, por ocasião do julgamento da ADI n. 3.772/06, requer seja-lhe assegurada a contagem do tempo de serviço exclusivamente prestado em efetivo exercício de funções de magistério, mesmo que fora da sala de aula, para fins de obtenção da aposentadoria especial de professora, com reconhecimento, ainda, do alegado direito aos proventos de aposentadoria, ao abono de permanência e ao adicional de permanência, conforme a legislação pertinente.

Nas contrarrazões, o Estado de Santa Catarina defende a ilegitimidade das autoridades impetradas para figurar no pólo passivo do mandado de segurança, sob o argumento de que a concessão de aposentadoria, e mesmo o pagamento dos respectivos proventos, não são atribuições daquelas autoridades, e sim do Instituto de Previdência do Estado de Santa Catarina, pessoa jurídica de direito público, com autonomia administrativa e financeira, ao qual compete executar a política de previdência dos servidores públicos e agentes políticos do Estado, nos termos dos arts. 91 da Lei Complementar estadual n. 381/07, 3º, 4º, 10, 11, 28, 44 e 59 da Lei Complementar estadual n. 412/08 e 8º do Decreto estadual n. 1.158/08.

Em seu parecer, o Ministério Público Federal manifesta-se pelo provimento do recurso ordinário.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES (Relator): A irresignação merece parcial acolhida.

Não procede a questão preliminar suscitada pelo Estado de Santa Catarina – no sentido de que as autoridades impetradas não teriam legitimidade para figurar no pólo passivo do mandado de segurança –, haja vista que a superveniente transferência para o Instituto de Previdência do Estado de Santa Catarina, das atribuições referentes à concessão de aposentadoria e ao pagamento dos respectivos proventos, não tem o condão de cessar a eficácia dos atos praticados à época do ajuizamento da ação mandamental.

Quanto ao mérito, a Emenda n. 18, de 30 de junho de 1981, ao alterar a redação do inciso XX do art. 165 da Constituição de 1967, inseriu pela primeira vez, no texto constitucional, a aposentadoria especial para o professor após 30 anos e, para a professora, após 25 anos de efetivo exercício em funções de magistério, com salário integral.

Sobreveio a Constituição de 1988, cujo art. 40, III, *b*, em sua redação original, dispunha que o servidor será aposentado voluntariamente aos trinta anos de efetivo exercício em funções de magistério, se professor, e vinte e cinco, se professora, com proventos integrais.

A partir da Emenda Constitucional n. 20, de 15 de dezembro de 1998, a aposentadoria especial passou a ser devida ao professor que comprove exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio.

É certo que, em sessão plenária realizada no dia 26 de novembro de 2003, foi aprovada a Súmula n. 726/STF, do seguinte teor: *“Para efeito de aposentadoria especial de professores, não se computa o tempo de serviço prestado fora da sala de aula.”*

No entanto, em 29 de outubro de 2008, no julgamento da ADI n. 3772/DF (Rel. p/ acórdão Min. Ricardo Lewandowski, DJe 27.3.2009), o Supremo Tribunal Federal, por maioria, decidiu que as funções de direção, coordenação e assessoramento pedagógico integram a carreira do magistério, desde que exercidos, em estabelecimentos de ensino básico, por professores de carreira, excluídos os especialistas em educação, fazendo jus aqueles que as desempenham ao regime especial de aposentadoria estabelecido nos arts. 40, § 4º, e 201, § 1º, da atual Constituição.

No mesmo sentido são os seguintes precedentes deste Tribunal Superior:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ARTIGOS 40, § 5º, E 201, § 8º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. LEI N.º 11.301/2006. INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO. ADI N.º 3.772/DF. ATIVIDADES DE DIREÇÃO DE UNIDADE ESCOLAR E DE COORDENAÇÃO E ASSESSORAMENTO PEDAGÓGICO. EXERCÍCIO POR PROFESSORES DE CARREIRA. FUNÇÕES INTEGRANTES DA CARREIRA

DE MAGISTÉRIO. CÔMPUTO PARA APOSENTADORIA ESPECIAL. POSSIBILIDADE. CONCESSÃO DA ORDEM.

1. A Lei n.º 11.301/2006 alterou o art. 67 da Lei n.º 9.394/1996 (norma que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional), inserindo-lhe o parágrafo 2º, o qual dispõe que *“Para os efeitos do disposto no § 5º do art. 40 e no § 8º do art. 201 da Constituição Federal, são consideradas funções de magistério as exercidas por professores e especialistas em educação no desempenho de atividades educativas, quando exercidas em estabelecimento de educação básica em seus diversos níveis e modalidades, incluídas, além do exercício da docência, as de direção de unidade escolar e as de coordenação e assessoramento pedagógico.”*

2. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar parcialmente procedente a ADI n.º 3.772/DF (DJe de 26/03/2009, Rel. p/ Acórdão Min. RICARDO LEWANDOWSKI), conferiu à Lei n.º 11.301/2006 interpretação conforme, declarando que as atividades de exercício de direção de unidade escolar e as de coordenação e assessoramento pedagógico, desde que exercidas por professores de carreira, integram a carreira de magistério, restando excluídos os especialistas em educação.

3. Destarte, os professores de carreira no exercício dessas funções – como é o caso da ora Recorrente – gozam do direito à aposentadoria especial prevista nos artigos 40, § 5º, e 201, § 8º, da Constituição Federal.

4. Recurso ordinário provido. (RMS 27.496/MG, 5ª Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe 3.8.2009)

PROCESSUAL CIVIL - RECURSO ESPECIAL - APOSENTADORIA ESPECIAL - MAGISTÉRIO - ADI Nº 3772/DF - DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL - INOBSERVÂNCIA DAS EXIGÊNCIAS LEGAIS E REGIMENTAIS.

1. A ausência de similitude das circunstâncias fáticas e do direito aplicado nos acórdãos recorrido e paradigmas, inviabiliza o recurso especial pela hipótese da alínea “c” do permissivo constitucional.

2. De acordo com o entendimento mais recente do Supremo Tribunal Federal (ADI 3.772/DF, DJe 27/03/2009), para fins de concessão da aposentadoria especial prevista no art. 40, III, “a” e § 5º, da Constituição Federal, a função de magistério abrange não só o trabalho em sala de aula, como também a preparação de aulas, a

correção de provas, o atendimento a pais e alunos, a coordenação e o assessoramento pedagógico e a direção de unidade escolar, desde que exercidos, em estabelecimentos de ensino básico, por professores de carreira, excluídos os especialistas em educação.

3. Recurso especial conhecido e não provido. (REsp 1.194.698/ES, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe 12.8.2010)

Na petição inicial deste mandado de segurança, a professora Elizabete José de Oliveira requer a concessão de medida liminar para que as autoridades impetradas procedam ao exame do pedido de aposentadoria especial, computando-se os períodos de afastamento por readaptação e cargos em comissão e função de confiança. Requer, ainda, a concessão do mandado de segurança, em caráter definitivo, para garantir o exame e o deferimento do pedido de aposentadoria especial.

Já no recurso ordinário, a professora requer seja-lhe assegurada a contagem do tempo de serviço exclusivamente prestado em efetivo exercício de funções de magistério, mesmo que fora da sala de aula, para fins de obtenção da aposentadoria especial, com reconhecimento, ainda, do alegado direito aos proventos de aposentadoria, ao abono de permanência e ao adicional de permanência, conforme a legislação pertinente.

Por ser vedada a inovação da causa na instância recursal, não se conhece do recurso ordinário no ponto em que a impetrante requer o reconhecimento do alegado direito aos proventos de aposentadoria, ao abono de permanência e ao adicional de permanência.

À vista do exposto, o recurso ordinário deve ser parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido, tão-somente para determinar que, no exame do pedido de aposentadoria especial formulado pela professora recorrente, as autoridades impetradas procedam ao cômputo do tempo de serviço exclusivamente prestado em efetivo exercício de funções de magistério, mesmo que fora da sala de aula.

É como voto.

**TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DE SANTA CATARINA**

ÓRGÃO ESPECIAL

MANDADO DE SEGURANÇA

Mandado de Segurança n. 2010.014056-3, da Capital

Relator: Des. Sérgio Paladino

MANDADO DE SEGURANÇA. PRECATÓRIO. NATUREZA ALIMENTAR. AUSÊNCIA DE PAGAMENTO. IMPETRANTE IDOSO QUE NECESSITA DE CIRURGIA. PEDIDO DE SEQUESTRO HUMANITÁRIO INDEFERIDO PELO PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. INEXISTÊNCIA DE PRETERIÇÃO NO CONCERNENTE AO DIREITO DE PRECEDÊNCIA. EMENDAS CONSTITUCIONAIS 30/00 E 62/09. DIREITO LÍQUIDO E CERTO NÃO EVIDENCIADO.

WRIT DENEGADO.

“A Constituição da República determina a estrita observância da ordem cronológica dos requisitórios destinados ao pagamento de dívidas do Poder Público. O mesmo ocorre com os precatórios de natureza alimentar e as obrigações de pequeno valor, os quais, observando-se a respectiva classe, devem ser pagos segundo a ordem de inscrição.

O sequestro da verba requisitória é permitido nos casos em que há preterição do direito de precedência, descumprimento do prazo constitucional para o pagamento do débito, omissão da inclusão da verba no orçamento, respeitando-se, em cada hipótese, as permissivas especificadas no Texto Constitucional.

Não há ilegalidade no ato impugnado, pois, à época de sua edição, não havia autorização constitucional para fazer prevalecer os créditos de natureza alimentícia dos portadores de doenças graves sobre os demais créditos alimentares. Acórdão recorrido em consonância com o recente posicionamento do STF e com a jurisprudência do STJ.

Ademais, mesmo sob a ótica do arcabouço normativo inaugurado com a EC nº 62/09, o direito do impetrante ao pagamento do requisitório ainda deveria se submeter-se à ordem cronológica de pagamento estipulada para os demais portadores de doenças graves e os maiores de 60 anos, a teor do preceituado na nova redação do § 2º do art. 100 da Constituição Federal” (RMS n. 30280-DF, rel. Min. Castro Meira, j. em 23.2.10, disponível em <www.stj.jus.br/jurisprudencia/integra-do-acordao> acesso em 2 mar. 2011).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança n. 2010.014056-3, da comarca da Capital (Tribunal de Justiça), em que é impetrante José Júlio de Araújo Cleto, impetrado o Presidente do Tribunal de Justiça de Santa Catarina e interessados o Município de Florianópolis e Franci Eleyne de Oliveira:

ACORDAM, em Órgão Especial, por maioria de votos, denegar a segurança. Custas legais.

RELATÓRIO

Trata-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado por José Júlio de Araújo Cleto contra ato do Presidente do egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, que indeferiu o pedido de sequestro que deduziu nos autos do precatório n. 500.06.000621-3.

Alega que o município de Florianópolis foi condenado, por sentença transitada em julgado, a pagar-lhe a importância, inscrita em precatório, de R\$ 485.260,42 (quatrocentos e oitenta e cinco mil, duzentos e sessenta reais, e quarenta e dois centavos), atualizada em 31 de dezembro de 2008 (processo n. 023.01.059201-9), cujo implemento deveria ter ocorrido até o final do exercício do ano de 2007.

Enfatiza que além de provento, está acometido de sério problema de saúde — artrose no joelho direito — em razão do que necessita ser submetido a procedimento cirúrgico de alto custo, o mesmo ocorrendo com sua esposa e dependente, consoante demonstram o relatório médico e orçamentos, não tendo condições de esperar que o tratamento de saúde, tanto no que lhe pertine, quanto no que tange à sua mulher, seja promovido pelo Estado em face da precariedade do respectivo sistema.

Sublinha que o inadimplemento não pode persistir, razão pela qual requer que se ordene ao ente público que efetue o pagamento, ou que se determine o sequestro humanitário do valor correspondente ao débito.

Tece considerações acerca do cabimento do writ, invoca o direito à prioridade do respectivo julgamento, e cita precedentes da Suprema Corte que, segundo entende, alicerçam a pretensão deduzida.

Postulou, finalmente, a concessão da medida *initio litis*, referindo arestos da Excelsa Corte que evidenciariam o *fumus boni juris*, gizando o perigo que decorre da demora na realização da cirurgia, que visa a evitar a perda da sua capacidade de locomoção (fls. 02/14).

A petição inicial veio instruída com documentos (fls. 18/183).

Indeferida a liminar (fls. 186/187), prestadas as informações (fls. 191/197), e com o pronunciamento do Município de Florianópolis (fls. 204/207), manifestou-se, em seguida, a douta Procuradoria-Geral

de Justiça, em parecer do Dr. Francisco José Fabiano, pela denegação da segurança (fls. 216/221).

VOTO

Impõe-se a denegação do writ.

Seja pelo texto do art. 100 da Constituição Federal, dado pela Emenda Constitucional n. 30/00, vigente à época da decisão atacada, ou pela alteração introduzida ao referido artigo pela Emenda n. 62/09, inexistente direito líquido e certo do impetrante.

Na primeira hipótese, a da decisão tida por ilegal, a autoridade utilizou-se daquele preceito constitucional para negar a pretensão, pois o pagamento de precatórios fazia-se “exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivas, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim”. O § 2º do art. 100 da Carta da República, por sua vez, com a redação determinada pela Emenda Constitucional n. 30/00, possuía o seguinte conteúdo, *verbis*:

As dotações orçamentárias e os créditos abertos serão consignados diretamente ao Poder Judiciário, cabendo ao Presidente do Tribunal que proferir a decisão exequenda determinar o pagamento segundo as possibilidades do depósito, e autorizar, a requerimento do credor, e exclusivamente para o caso de preterimento de seu direito de precedência, o seqüestro da quantia necessária à satisfação do débito (sem grifo no original).

Pela letra desse dispositivo, o seqüestro, a pedido do credor, dar-se-ia apenas quando desrespeitada a ordem cronológica de apresentação do precatório, circunstância não verificada no caso concreto. O Excelentíssimo Senhor Presidente desta Corte determinou, em 21 de junho de 2006, a inclusão do precatório n. 500.06.000621-3, no

orçamento do Município de Florianópolis, para que fosse pago até o final do exercício de 2007 (fl. 81). O requisito foi incluído, todavia, sem o pagamento devido até o momento. Não se verificou, porém, preterição no direito de precedência.

Na oportunidade em que o impetrante teve indeferido o seu pedido, somente a quebra no direito de precedência justificava o sequestro, e como tal não se verificou, foi correta a decisão do Presidente deste Tribunal. Ademais, em se tratando de problema de saúde, como bem ponderou Sua Excelência, o impetrante dispõe de ação própria para compelir o Estado ao respectivo tratamento, em estrita obediência ao art. 196 da Constituição Federal.

Em hipótese assemelhada, decidiu a Suprema Corte, *verbis*:

Agravo Regimental em Suspensão de Segurança. 2. Precatório Alimentar. 3. Inexistência de preterição na ordem de pagamento. 4. Decisão liminar que determinou o sequestro de verbas do Estado. 5. Hipótese de grave lesão à ordem pública. 6. Afronta ao Art. 100 da Constituição Federal 7. Agravo Regimental improvido (AgReg na Suspensão de Segurança n. 3.539-8-PR, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 1º.7.09, disponível em <[www.stf.jus.br/jurisprudencia/inteiro teor](http://www.stf.jus.br/jurisprudencia/inteiro%20teor)> acesso em 2 mar. 2011).

Por ser elucidativo, extrai-se excerto do voto:

Omissis.

Quanto ao mérito do recurso, entendo que o pagamento imediato do precatório alimentar, em desacordo com o comando do art. 100 da Constituição, desconsidera a situação de outras várias pessoas em situação similar que também aguardam o pagamento de seus precatórios. O respeito à ordem cronológica, nesse caso, é a única forma de garantir a igualdade entre os credores da Fazenda Pública, sendo a quebra dessa ordem a única hipótese admissível de sequestro da verba pública.

Ressalte-se que não vislumbro propriamente um conflito entre o direito fundamental à saúde e a regra para o pagamento de precatórios.

Isto porque, o direito à saúde da agravante não se encontra desamparado, devendo ser garantido na forma do art. 196 da Constituição Federal.

Não era mesmo o caso de acolhimento da pretensão.

De outro vértice, o pagamento de precatórios, atualmente, sofreu significativa alteração, com a Emenda Constitucional n. 62/09, que alterou o art. 100 da Magna Carta, *verbis*:

Art. 100. Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.

§ 1º Os débitos de natureza alimentícia compreendem aqueles decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou por invalidez, fundadas em responsabilidade civil, em virtude de sentença judicial transitada em julgado, e serão pagos com preferência sobre todos os demais débitos, exceto sobre aqueles referidos no § 2º deste artigo.

§ 2º Os débitos de natureza alimentícia cujos titulares tenham 60 (sessenta) anos de idade ou mais na data de expedição do precatório, ou sejam portadores de doença grave, definidos na forma da lei, serão pagos com preferência sobre todos os demais débitos, até o valor equivalente ao triplo do fixado em lei para os fins do disposto no § 3º deste artigo, admitido o fracionamento para essa finalidade, sendo que o restante será pago na ordem cronológica de apresentação do precatório.

Com isso, hoje tem-se os precatórios com natureza alimentícia, e preferencialmente a eles, ainda, os débitos dessa natureza, com titulares que tenham sessenta (60) anos ou mais de idade na data da expedição do precatório, ou sejam portadores de doenças graves. Criou-se, assim, uma categoria própria para esses credores, onde todos são iguais, da

qual o impetrante faz parte, não se podendo mais falar em sequestro humanitário, avançando sobre direitos de beneficiários da mesma espécie.

Sobre o tema, julgou, recentemente, o Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. PRECATÓRIO ALIMENTAR. REQUERIMENTO PARA QUEBRA DA ORDEM CRONOLÓGICA E SEQUESTRO DE VERBAS. DOENÇA GRAVE. NEOPLASIA MALIGNA. IMPOSSIBILIDADE. OBSERVÂNCIA DAS HIPÓTESES ESTRITAMENTE CONTEMPLADAS NO TEXTO CONSTITUCIONAL.

1. O mandado de segurança foi impetrado contra ato do Presidente do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios que indeferiu pedido de sequestro e quebra da ordem cronológica de precatório alimentar, solicitado em razão de o beneficiário achar-se acometido de neoplasia maligna, com expectativa de vida reduzida.

2. Cabível o *writ*, porquanto o ato impugnado conforma-se perfeitamente à atividade administrativa exercida pela autoridade judiciária no processamento do precatório requisitório, a teor das Súmulas 311/STJ e 733/STF.

3. A legalidade do ato coator, deve ser apreciada sob a conjuntura normativa vigente à época de sua prolação. No caso, a decisão impugnada, que apreciou a possibilidade de tratamento diferenciado aos portadores de doença grave no âmbito dos precatórios requisitórios, foi editada em 06.08.2007, ou seja, antes da entrada em vigor da EC nº 62/09.

4. A Constituição da República determina a estrita observância da ordem cronológica dos requisitórios destinados ao pagamento de dívidas do Poder Público. O mesmo ocorre com os precatórios de natureza alimentar e as obrigações de pequeno valor, os quais, observando-se a respectiva classe, devem ser pagos segundo a ordem de inscrição.

5. O sequestro da verba requisitória é permitido nos casos em que há preterição do direito de precedência, descumprimento

do prazo constitucional para o pagamento do débito, omissão da inclusão da verba no orçamento, respeitando-se, em cada hipótese, as permissivas especificadas no Texto Constitucional.

6. Não há ilegalidade no ato impugnado, pois, à época de sua edição, não havia autorização constitucional para fazer prevalecer os créditos de natureza alimentícia dos portadores de doenças graves sobre os demais créditos alimentares. Acórdão recorrido em consonância com o recente posicionamento do STF e com a jurisprudência do STJ.

7. Ademais, mesmo sob a ótica do arcabouço normativo inaugurado com a EC nº 62/09, o direito do impetrante ao pagamento do requisitório ainda deveria se submeter-se à ordem cronológica de pagamento estipulada para os demais portadores de doenças graves e os maiores de 60 anos, a teor do preceituado na nova redação do § 2º do art. 100 da Constituição Federal.

8. Recurso ordinário em mandado de segurança não provido (RMS n. 30280-DF, rel. Min. Castro Meira, j. em 23.2.10, disponível em <www.stj.jus.br/jurisprudencia/integra-do-acordao> acesso em 2 mar. 2011).

Sendo assim, como na época do indeferimento do pedido de sequestro o impetrante não foi preterido no seu direito de precedência ao recebimento do valor consubstanciado no precatório — única hipótese capaz de justificar a pretensão —, não se lhe assistia direito líquido e certo, obstando, por isso, a concessão do writ.

DECISÃO

Ante o exposto, denegou-se a segurança.

O julgamento, realizado nessa data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Gaspar Rubik, com voto vencido, e dele participaram, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Solon d'Eça Neves, Mazoni Ferreira, Irineu João da Silva, Luiz César Medeiros, José Volpato de Souza, Cesar Abreu, Ricardo Fontes, Newton Janke, Cláudio Barreto Dutra e Newton Trisoto, e, com votos vencidos, o Exmos. Srs. Des. Vanderlei

Romer, Eládio Torret Rocha, Nelson Schaefer Martins, Sérgio Roberto Baasch Luz, Fernando Carioni, Jaime Ramos, Lédio Rosa de Andrade, Sérgio Izidoro Heil e Carlos Prudêncio, emitindo parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Dr. Francisco José Fabiano.

Florianópolis, 2 de março de 2011.

Sérgio Paladino
RELATOR

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO COMERCIAL

EMBARGOS INFRINGENTES

Embargos Infringentes n. 2010.061719-8, de Rio do Campo

Relator: Des. José Inácio Schaefer

EMBARGOS INFRINGENTES. Embargos à arrematação. Sentença que afastou alegação de preço vil. Reforma por maioria determinando reavaliação. Quantia não impugnada oportunamente. Valorização alegada do imóvel compreendida pela atualização monetária. Recurso provido em prestígio à sentença e ao voto divergente.

Dispensável reavaliar imóvel pois a executada, intimada do praxeamento, deixou de impugnar o valor no momento oportuno, sendo eventual valorização contemplada na atualização monetária procedida antes da hasta pública.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos Infringentes n. 2010.061719-8, da comarca de Rio do Campo (Vara Única), em que são embargantes João Anelino Pimentel e outro, e embargada Dejanira Gomes de Oliveira:

ACORDAM, em Grupo de Câmaras de Direito Comercial, por unanimidade, prover os embargos infringentes. Custas legais.

RELATÓRIO

João Anelino Pimentel e Banco do Estado de Santa Catarina S/A – Besc interpuseram embargos infringentes em face de acórdão proferido pela Terceira Câmara de Direito Comercial que, por maioria, deu provimento ao apelo de Dejanira Gomes de Oliveira e desconstituiu a arrematação de imóvel realizada pelo primeiro embargante, determinando o prosseguimento da execução com nova avaliação. Em preliminar, os embargantes arguíram a preclusão e, no mérito, sustentaram ausente preço vil na arrematação (fls. 175/186).

A parte adversa impugnou os embargos, oportunidade em que pediu a manutenção do acórdão (fls. 192/201).

O reclamo foi admitido (fl. 212).

VOTO

Trata-se de embargos infringentes que pretendem a prevalência do voto vencido do Desembargador Cláudio Valdyr Helfenstein, que entendeu ausente preço vil na arrematação.

O reclamo destacou que a embargada foi intimada da avaliação e da praça, mas somente pediu o desfazimento após a arrematação, razão pela qual preclusa estaria a oportunidade para tanto. Além disso, o imóvel arrematado teria sido avaliado em 10.3.2000 e atualizado posteriormente, de sorte que na data da praça alcançava o valor de R\$ 60.208,00 (sessenta mil duzentos e oito reais), de maneira que a arrematação por R\$ 36.000,00 (trinta e seis mil reais) representaria mais de 59% do valor da avaliação. O reclamo prequestionou dispositivos legais, notadamente o art. 683 do Código de Processo Civil, sustentando não ser viável a desconstituição da arrematação sem requerimento da parte interessada. Por fim, os embargos divergiram da condenação em honorários advocatícios, defendendo ausente

culpa, já que esta seria da “própria embargada que deveria” ter pleiteado a reavaliação do imóvel oportunamente (fls. 178/186).

O acórdão embargado decidiu por maioria pelo acolhimento do apelo em face da sentença que havia mantido a arrematação objeto de embargos à arrematação. O fundamento para tanto foi o inciso III do art. 683 do Código de Processo Civil, mais precisamente ao concluir:

Dessa forma, mesmo diante do fato de que a arrematação tenha se dado pelo importe de 59% do valor da avaliação, o que à primeira vista não evidenciaria preço vil, o valor do bem imóvel estando defasado em quase 02 (dois) anos lança, no mínimo, dúvidas de estar adequado à realidade de mercado, circunstância a sustentar a alegação de preço vil (fl. 158).

Em vista disso, o voto majoritário desconstituiu a arrematação, determinou a devolução dos valores depositados pelo arrematante e a reavaliação do imóvel.

A avaliação concluiu que o imóvel valia R\$ 37.155,00 (trinta e sete mil cento e cinquenta e cinco reais) em 10.3.2000. Atualizado segundo os critérios da Corregedoria-Geral de Justiça desta Corte, esse montante correspondia a R\$ 60.908,68 (sessenta mil novecentos e oito reais e sessenta e oito centavos - fl. 12 dos autos em apenso) em 19.9.2006, data próxima ao pracemento.

A embargada acostou laudo de avaliação realizada em outro processo judicial, onde imóvel vizinho foi valorado em R\$ 890,00 (oitocentos e noventa reais) o hectare, enquanto que o arrematado nos presentes autos foi avaliado em R\$ 500,00 (quinhentos reais) o hectare, seis anos antes, buscando demonstrar a valorização da região.

Não se verifica qualquer equívoco na apreciação do bem constricto, visto não restar demonstrado construção de benfeitorias no imóvel ou significativos melhoramentos na região na qual localizado, que poderiam justificar eventual valorização.

Ademais, mesmo que aplicado o valor atribuído ao imóvel vizinho, o terreno arrematado alcançaria R\$ 66.136,00. A arrematação ocorreu em segunda hasta pública, tendo sido ofertado lance de R\$ 36.000,00 (trinta e seis mil reais), superando a metade do valor avaliado, seja considerada a atualização contida nos autos, seja levado em conta o valor atribuído pela executada.

As Câmaras de Direito Comercial, de forma uníssona, compreendem que se a arrematação ocorre por valor superior a 50% do avaliado, ausente preço vil (Apelação Cível n. 2009.039870-6, rel. Des. Stanley Braga, da Primeira Câmara Comercial, j. 12.7.2010; Apelação Cível n. 2004.030363-0, rel. Des. Wilson Nascimento, da Segunda Câmara de Direito Comercial, j. 7.8.2009; Apelação Cível n. 2007.018645-9, rel. Des. Paulo Roberto Camargo Costa, da Terceira Câmara de Direito Comercial, j. 9.7.2010; Apelação Cível n. 2008.038493-1, rel. Des. Lédio Rosa de Andrade, Quarta Câmara de Direito Comercial, j. 22.9.2010).

Ademais, a executada, quando intimada a dizer sobre a avaliação, não se insurgiu a tempo e modo oportuno. A Corte tem precedente:

APELAÇÃO CÍVEL - EMBARGOS À ARREMATAÇÃO JULGADOS IMPROCEDENTES - RECLAMO DO DEVEDOR VISANDO A NULIDADE DO ATO EXPROPRIATÓRIO ANTE A AUSÊNCIA DA INTIMAÇÃO ACERCA DA AVALIAÇÃO DO IMÓVEL - TESE RECHAÇADA - MOMENTO INOPORTUNO PARA ARGÜIÇÃO DE IRREGULARIDADES RELATIVAS AO ATO ESTIMATÓRIO - CIÊNCIA INEQUÍVOCA DO VALOR ATRIBUÍDO AO BEM, VERIFICADA DIANTE DA MANIFESTAÇÃO DO DEVEDOR NOS AUTOS EM OCASIÃO POSTERIOR - OCORRÊNCIA DA PRECLUSÃO - NULIDADE DA ALIENAÇÃO JUDICIAL POR PREÇO VIL - ALEGAÇÃO AFASTADA - LANÇO VENCEDOR QUE CORRESPONDE A APROXIMADAMENTE O DOBRO DO IMPORTE APURADO NA AVALIAÇÃO DO IMÓVEL CONSTITRIDO - RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

(Apelação cível n. 2006.010248-1, de Concórdia, Relator: Des. Gastaldi Buzzi, j. em 1/3/2007).

Por todo o exposto, voto no sentido de ser dado provimento aos embargos infringentes, nos termos do voto divergente e da sentença.

DECISÃO

O Grupo de Câmaras de Direito Comercial, por unanimidade, deu provimento aos embargos infringentes, nos termos do voto do Relator.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Desembargador Salim Schead dos Santos, como voto, e dele participaram os Exmos. Srs. Desembargadores Lédio Rosa de Andrade, Jorge Schaefer Martins, José Carlos Carstens Köhler, Jorge Luiz de Borba, Cláudio Valdyr Helfenstein, Jânio Machado e Rejane Andersen.

Florianópolis, 13 de dezembro de 2010

José Inácio Schaefer
RELATOR

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

AGRAVO DE INSTRUMENTO

Agravo de Instrumento n. 2010.052546-2, de Joaçaba

Relator: Des. Joel Dias Figueira Júnior

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO REVISIONAL DE ALIMENTOS AJUIZADA POR EX-MARIDO. PROCEDÊNCIA EM PRIMEIRO GRAU PARA MINORAR A VERBA ALIMENTAR. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECEBIMENTO DO APELO SOMENTE NO EFEITO DEVOLUTIVO. EXEGESE DO ART. 520, II, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. OBSERVÂNCIA DO BINÔMIO NECESSIDADE POSSIBILIDADE. RECURSO DESPROVIDO.

I – As sentenças podem ser classificadas no plano processual de suas respectivas eficácias em declaratórias, condenatórias, constitutivas, executivas *latu sensu* ou mandamentais.

Dessa forma, diante da previsão contida no art. 520, II, do CPC que determina a aplicação de efeito devolutivo às decisões que condenam ao pagamento de alimentos, e verificando-se que a sentença que majora ou reduz o valor da verba alimentar tem natureza condenatória, deve o recurso interposto contra essa decisão ser recebido somente no efeito devolutivo.

II – Salienta-se que a sentença que eleva ou diminui os alimentos já estabelecidos em decisão judicial anterior substituiu a precedente e impõe ao sucumbente novo comando exortativo

de pagamento de pensão alimentícia, razão pela qual o novo ato jurisdicional reveste-se de natureza condenatória.

Destarte, se o art. 520, II, do CPC não distingue as hipóteses de condenação para fixação originária da verba alimentar ou a sua majoração ou redução, conferindo ao recurso de apelação as sentenças de natureza condenatória de prestação alimentícia, não cabe ao intérprete realizar interpretação restritiva de norma cogente.

III – Há de se alertar, ainda, que a aplicação de efeito suspensivo pode acarretar prejuízo às partes, na medida em que o alimentante, mesmo após reconhecida a redução de sua capacidade financeira, seria obrigado a manter os pagamentos anteriormente acordados, em evidente afronta ao binômio possibilidade/necessidade, somando-se o fato de aumento na possibilidade de inadimplência em detrimento do próprio alimentando

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Agravo de Instrumento n. 2010.052546-2, da comarca de Joaçaba, em que é agravante F. L. e agravado A. L.:

ACORDAM, em Primeira Câmara de Direito Civil, por unanimidade, conhecer do recurso e negar-lhe provimento. Custas legais.

RELATÓRIO

F.L. (ex-esposa) interpôs agravo de instrumento contra A.L. (ex-marido) objetivando, em síntese, a reforma da decisão que, nos autos da Ação Revisional de Alimentos n. 037.09.002704-0, recebeu o recurso interposto contra a sentença que reduziu o valor da verba alimentar somente no efeito devolutivo.

Alega a Agravante que a decisão que reduziu a pensão alimentícia de 50 para 35% do salário mínimo lhe trará graves prejuízos, portanto, necessário o recebimento do recurso com efeito suspensivo até o trânsito em julgado da decisão.

Sustenta ser inaplicável a disposição contida no art. 520, II, do CPC, por se tratar de sentença que condena ao pagamento de pensão alimentícia e não de sua redução.

Requeru, pois, a concessão de efeito suspensivo ao recurso até o trânsito em julgado da apelação.

A antecipação da tutela recursal postulada pela Agravante foi concedida pelo Des. Subst. Carlos Alberto Civinski (fls.77-81).

Contrarrazões às fls. 93-95.

O Ministério Público, em parecer da lavra do Procurador de Justiça Mário Gemin, opinou pelo conhecimento e provimento do recurso (fls.100-101).

Presentes os pressupostos de admissibilidade do recurso.

É o relatório.

VOTO

Insurge-se a Agravante contra a decisão que recebeu, somente no efeito devolutivo, o recurso de apelação interposto contra sentença que reduziu o valor da verba alimentar.

Dispõe o art. 520 do Código de Processo Civil:

Art. 520. A apelação será recebida em seu efeito devolutivo e suspensivo. Será, no entanto, recebida somente no efeito devolutivo, quando interposta de sentença que:

I – homologar a divisão ou demarcação;

II – condenar à prestação de alimentos;

[...]

No tocante aos efeitos de recebimento do recurso de apelação interposto contra a decisão que condena ao pagamento de alimentos, a doutrina e a jurisprudência são pacíficas em aplicar somente o efeito devolutivo.

Entretanto, no que se refere à decisão que majora ou reduz o valor anteriormente fixado a título de alimentos, há discussão acerca dos efeitos que deverá ser recebido o recurso.

Parte da doutrina defende se tratar de sentença constitutiva e, por essa razão, não se enquadraria na disposição contida no art. 520, II, do Código de Processo Civil, pelo que deve ser recebida em ambos os efeitos. Ainda, alguns doutrinadores fazem diferença entre a decisão que majora e aquela que reduz a verba alimentar, e afirmam que, em razão da proteção que deve ser atribuída ao alimentando, deve a sentença que reduz os alimentos ser recebida em ambos os efeitos e à decisão que majora ser aplicado somente o efeito devolutivo. Nesse sentido, ensina Manoel Caetano Ferreira Filho:

Considerando que a regra tem por objetivo a proteção dos interesses do alimentando, pensamos que a melhor exegese é a seguinte: a) a apelação tem somente o efeito devolutivo quando interposta de sentença que julga procedente a ação de alimentos e a ação de majoração de alimentos; b) enquanto tem ambos os efeitos a apelação interposta da sentença que julga procedente a ação de redução e a ação de exoneração de alimentos. Assim, mesmo que julgada procedente a ação de redução ou a de exoneração de alimentos, na pendência da apelação, o autor – alimentante - continuará obrigado a pagar o valor fixado na sentença condenatória anterior, não produzindo qualquer eficácia a sentença que reduziu o valor ou exonerou a obrigação de prestar alimentos enquanto não for julgado o recurso (*Comentários ao código de processo civil*, v. 7. Do processo de conhecimento, arts. 496 a 565, São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 178-179).

Todavia, divergimos desse entendimento, pois a matéria em discussão é exclusivamente processual, sendo incontestado que a regra contida no art. 520, II, do CPC é igual, não fazendo distinção entre a sentença que reduz, eleva ou fixe alimentos.

A sentença pode ser classificada no plano processual de eficácia em: declaratória, constitutiva, condenatória, mandamental e executiva. Realizada essa subdivisão exsurge evidente que a decisão que majora ou reduz a verba alimentar tem natureza de condenação (embora em valor diverso do anteriormente estabelecido) e, desse modo, o recurso deve ser recebido somente no efeito devolutivo, consoante disposição contida no art. 520, II, do CPC.

Ad argumentandum, há de se atentar para o fato de que a atribuição de efeito suspensivo à decisão que reduz o valor da verba alimentar possivelmente implicará em prejuízo para ambas as partes, pois, mesmo verificado que o alimentante não possui mais condições de arcar com a verba anteriormente arbitrada, ser-lhe-ia exigido o pagamento em valor superior a sua capacidade financeira, em verdadeira afronta ao binômio necessidade/possibilidade.

De outro norte, diante das dificuldades enfrentadas para pagamento de valor não mais condizente com sua realidade, verificar-se-ia o aumento das chances de inadimplência do pagamento da pensão alimentícia, em prejuízo do alimentado. Ademais, acaso reformada a decisão, poderá o alimentado buscar a diferença dos valores que lhe eram devidos.

Sobre o assunto, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

Recurso especial. Processual civil. Revisional de alimentos. Redução da prestação alimentícia. Efeitos da apelação.

- Deve ser recebido apenas no efeito devolutivo o recurso de apelação interposto contra sentença que decida pedido de revisão de alimentos, seja para majorar ou diminuir o encargo.

- Valoriza-se, dessa forma, a convicção do juiz que, mais próximo das provas produzidas, pode avaliar com maior precisão as necessidades do alimentando conjugadas às possibilidades do alimentante, para uma adequada fixação ou até mesmo exoneração do encargo.

- Com a atribuição do duplo efeito, há potencial probabilidade de duplo dano ao alimentante quando a sentença diminuir o encargo alimentar: (i) dano patrimonial, por continuar pagando a pensão alimentícia que a sentença reconhece indevida e por não ter direito à devolução da quantia despendida, caso a sentença de redução do valor do pensionamento seja mantida, em razão do postulado da irrepetibilidade dos alimentos; (ii) dano pessoal, pois o provável inadimplemento ditado pela ausência de condições financeiras poderá levar o alimentante à prisão.

- Por outro lado, o alimentando não sofre prejuízo, porque eventual reforma da sentença é para ele garantia do recebimento das diferenças que lhe forem devidas. Se for mantida a sentença, contudo, não subjaz daí prejuízo porque suficiente e adequadamente avaliadas as circunstâncias fáticas do processo para diminuição do encargo, com especial atenção ao binômio necessidade/possibilidade a nortear a controvérsia acerca de alimentos (REsp. n. 623676/SP, rela. Mina. Nancy Andrighi, DJ de 11-12-2006).

Recurso especial. Processo civil. Revisional de alimentos. Redução e exoneração da prestação alimentícia. Efeitos da apelação. - Deve ser recebido apenas no efeito devolutivo o recurso de apelação interposto contra sentença que decida pedido revisional de alimentos, seja para majorar, diminuir ou exonerar o alimentante do encargo (REsp. 595209/MG, Nancy Andrighi, j. 8-3-2007).

E, desse Tribunal:

ACÇÃO DE EXONERAÇÃO DE ALIMENTOS. PLEITO JULGADO PARCIALMENTE PROCEDENTE. DECISÃO QUE RECEBEU RECURSO DE APELAÇÃO NOS EFEITOS DEVOLUTIVO E SUSPENSIVO. EMPREGO DO ART. 520 DO CPC. INAPLICABILIDADE, NA HIPÓTESE. CONFLITO DESTE DISPOSITIVO COM O ART. 14 DA LEI N. 5.478/68. PREVALÊNCIA DA NORMA ESPECIAL. ADEMAIS, PECULIARIDADES DO CASO QUE AUTORIZAM O RECEBIMEN-

TO DO APELO APENAS NO SEU EFEITO DEVOLUTIVO.
RECURSO PROVIDO.

Deve ser recebido apenas no efeito devolutivo o recurso de apelação interposto contra sentença que decida pedido revisional de alimentos, seja para majorar, diminuir ou exonerar o alimentante do encargo (Agravo de Instrumento n. 2007.017611-1, de Itajaí, rela. Des. Maria do Rocio Luz Santa Ritta, j. 8-1-2008).

Pelo exposto, voto no sentido de conhecer do recurso, negar-lhe provimento e revogar a liminar concedida liminarmente nesta instância.

DECISÃO

Nos termos do voto do Relator, decidiu a Primeira Câmara de Direito Civil, por unanimidade, conhecer do recurso, negar-lhe provimento e revogar a liminar concedida liminarmente nesta instância.

Participaram do julgamento, realizado no dia 15 de março de 2011 os Excelentíssimos Senhores Desembargadores Substitutos Stanley da Silva Braga e Denise Volpato.

Funcionou como Representante do Ministério Público o Excelentíssimo Senhor José Galvani Alberton.

Florianópolis, 13 de abril de 2011.

Joel Dias Figueira Júnior
PRESIDENTE E RELATOR

APELAÇÕES CÍVEIS

Apelação Cível n. 2006.004022-2, de Criciúma

Relator: Des. Joel Dias Figueira Júnior

APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. CONTRATO DE LOCAÇÃO. DEMANDA AJUIZADA CONTRA OS FIADORES. RESPONSABILIDADE SUBSISTENTE ATÉ A EFETIVA ENTREGA DAS CHAVES. LEGITIMIDADE PASSIVA PARA A EXECUCIONAL. PAGAMENTO DE ALUGUÉIS NÃO COMPROVADO. VERBAS DEVIDAS. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO PELA LOCADORA DA QUITAÇÃO DE ENCARGOS ACESSÓRIOS. ILEGITIMIDADE ATIVA PARA PLEITEAR O SEU RECEBIMENTO. IMÓVEL NÃO IDENTIFICADO PELA FATURA DE FORNECIMENTO DE ÁGUA. COBRANÇA DESCABIDA.

I – O fiador é responsável pelo pagamento dos aluguéis e demais encargos decorrentes de contrato de locação prorrogado por prazo indeterminado em caso de previsão contratual expressa nesse sentido, subsistindo a garantia até a entrega efetiva das chaves ao locador ou a quem caiba a administração do bem objeto da avença. Nessa hipótese, pois, afigura-se inaplicável a Súmula 214 do Superior Tribunal de Justiça, por não se tratar de posterior aditamento ou modificação de cláusulas contratuais, mas sim de mera prorrogação da relação locatícia, nos termos do art. 47, *caput*, da Lei n. 8.245/1991.

II – Consoante o disposto no art. 23, I, da Lei do Inquilinato, o locatário é obrigado a pagar pontualmente o aluguel e os encargos da locação. Nessa toada, são devidas todas as prestações referentes ao período de vigência da relação contratual cujo pagamento não é devidamente comprovado.

III – É cediço que a via executiva possibilita também a cobrança das despesas acessórias, tais como o IPTU (se houver previsão contratual que direcione a responsabilidade ao locatário) e as despesas com o consumo de energia elétrica, água, telefone, esgoto e outros (art. 22, VIII, e 23, VIII, da Lei das Locações). Contudo, para que o locador possa valer-se da execução para receber tais quantias, faz-se mister que primeiro as pague e, posteriormente, busque o ressarcimento em face do locatário, sob pena de configurar-se a sua ilegitimidade ativa neste particular.

IV – Embora devidamente comprovado o seu pagamento pelo locador, mostra-se inviável a execução de valores representados por faturas que não indicam o imóvel para qual o serviço de fornecimento de água foi prestado, além de constarem em seu corpo o nome de pessoa estranha à lide, o que impossibilita a aferição acerca de quem é o real responsável pelo adimplemento do encargo.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2006.004022-2, da comarca de Criciúma, em que é apelante Erna Coelho Schmidt e são apelados Maria José Serpa de Souza e o espólio de Carlos Cesar de Souza :

ACORDAM, em Primeira Câmara de Direito Civil, por unanimidade, dar provimento ao recurso interposto a fim de declarar a legitimidade passiva dos Apelados para figurarem no polo passivo da ação de execução e, com fulcro no art. 515, § 3º, do Código de Processo Civil, julgar parcialmente procedentes os embargos à execução a fim de excluir do montante executido a parcela relativa ao aluguel do mês de agosto de 1995 e as quantias representadas pelos documentos de fls. 21-22 dos autos em apenso e, de ofício, declarar a ilegitimidade ativa da Apelante para a cobrança dos valores atinentes ao IPTU e às faturas de energia elétrica. Custas legais.

RELATÓRIO

Maria José Serpa de Souza e Carlos Cesar de Souza opuseram embargos à execução de título extrajudicial (contrato de locação) contra eles movida por Erna Coelho Schmidt pelos fatos e fundamentos jurídicos descritos na petição inicial de fls. 2-19, integrando este acórdão o relatório de fls. 74-75 contido na sentença recorrida.

Sentenciando, o Magistrado julgou procedentes os embargos para declarar a ilegitimidade dos Executados/Embargantes e, com fulcro no art. 267, VI, do Código de Processo Civil, declarou extinta a execucional (fls. 74-77).

Inconformada, a Exequirente/Embargada interpôs recurso de apelação objetivando, em síntese, a reforma da sentença a fim de afastar a aludida carência de ação e, com base no art. 515, § 3º, da Lei Instrumental, julgar improcedentes os embargos opostos (fls. 80-86).

Contrarrazões às fls. 95-99.

Em acórdão da minha lavra, foi declarada a nulidade do feito a partir do falecimento do executado/embargante Carlos Cesar de Souza e determinada a intimação dos seus herdeiros para habilitação no processo (fls. 115-118), contra o que a Apelada interpôs embargos de declaração (fls. 120-126), que foram providos a fim de cassar o julgado embargado e determinar o prosseguimento do feito, com o julgamento do apelo (fls. 150-152).

É o relatório.

VOTO

Trata-se de apelação cível interposta contra a sentença que julgou procedentes os embargos à execução a fim de declarar a ilegitimidade dos

Executados/Embargantes e, com fulcro no art. 267, VI, do Código de Processo Civil, declarou extinto o feito.

Fulcra-se a execucional em contrato de locação em que figuram os ora Apelados como fiadores da locatária.

Com efeito, o fiador é responsável pelos pagamentos dos aluguéis e demais encargos decorrentes de contrato de locação prorrogado por prazo indeterminado se a hipótese estiver prevista contratualmente, e subsistindo a garantia até a entrega efetiva das chaves ao locador ou a quem caiba a administração do imóvel, consoante reiterado entendimento desta Corte.

No caso vertente, infere-se do contrato de locação em tela (fls. 9-14 dos autos em apenso) que as responsabilidades dos fiadores “(...) se estendem a todos os aumentos que vierem a ocorrer nos alugueis e demais encargos da locação, inclusive quanto às obrigações constantes de todas as cláusulas do presente instrumento, e com o que concordam e cujas responsabilidades prevalecerão até a ‘real’ e efetiva entrega das chaves, mesmo que o contrato não seja renovado e a locação ficar por tempo tempo indeterminado (...)” (cláusula vigésima terceira).

Assinale-se que a cláusula supramencionada não se mostra inquinada de nenhum vício e tampouco viola o princípio da boa-fé contratual ou implica em subversão da função social regente dos contratos em geral. Pelo contrário, além de o pactuado encontrar-se dentro dos limites da legalidade civil e ajustado de acordo com a livre vontade das partes, o contrato de fiança é acessório e representa garantia cabal para a viabilização das relações locatícias.

Assim, havendo cláusula expressa nesse sentido, permanece o fiador obrigado pelos débitos locatícios mesmo após a prorrogação da locação por prazo indeterminado, ou seja, até a efetiva entrega das chaves do imóvel.

Ademais, afigura-se inaplicável no caso vertente a Súmula 214 do Superior Tribunal de Justiça (“O fiador na locação não responde por obrigações resultantes de aditamento ao qual não anuiu”); porquanto não se trata de posterior aditamento ou modificação de cláusulas contratuais, mas sim de prorrogação da relação locatícia, nos termos do art. 47, *caput*, da Lei n. 8.245/1991.

Os Executados/Embargantes (ora Apelados) são responsáveis pelos pagamentos dos aluguéis e demais encargos decorrentes do contrato de locação prorrogado por prazo indeterminado.

Não é outro, pois, o entendimento firmado pelo Colendo Grupo de Câmaras de Direito Civil deste Tribunal de Justiça por meio do julgamento das Apelações Cíveis n. 2007.039799-7, de Indaial, e 2008.062030-1, de Itajaí, ambas da relatoria do Desembargador Victor Ferreira, em 24 de março de 2010.

Desse modo, dá-se provimento ao apelo interposto a fim de reformar a sentença recorrida no que tange à declaração de ilegitimidade dos Fiadores para figurarem no polo passivo da ação de execução.

Tendo em vista a possibilidade de julgamento imediato do feito, passa-se, com base no art. 515, § 3º, do Código de Processo Civil, à análise das demais matérias suscitadas nos embargos à execução.

A alegação de inexistência de título executivo não merece prosperar pelos mesmos motivos expostos anteriormente, na exata medida em que houve a prorrogação da relação locatícia por prazo indeterminado e, portanto, permaneceu hígido o contrato escrito ora executado, com todos os seus consectários. Assim, mostram-se desnecessárias maiores considerações nesta seara.

No concernente aos valores excutidos, merecem parcial acolhimento os embargos opostos.

É cediço que, consoante o disposto no art. 23, I, da Lei do Inquilinato, o locatário é obrigado a pagar pontualmente o aluguel e os encargos da locação. Nessa toada, em face do inadimplemento de algumas parcelas mensais relativas à referida contraprestação pecuniária, paira sobre os ora Apelados a responsabilidade pelo pagamento em questão.

Nessa esfera, reclama a Exequente o recebimento dos aluguéis relativos ao período compreendido entre 24 de agosto de 1995 a 19 de março de 1996, cujo montante, com os devidos acréscimos, somava R\$ 5.248,15 na época do ajuizamento da execucional (fl. 5 dos autos em apenso).

Embora os Executados/Embargantes tenham alegado o pagamento de parcelas incluídas no cálculo do crédito executado, trouxeram apenas um recibo de pagamento referente ao mês de agosto de 1995 (fl. 23), documento este que, embora impugnado pela Embargada em razão de uma suposta falsificação, não foi adequadamente desconstituído (o que poderia ocorrer mediante a instauração de incidente de falsidade), motivo pelo qual o valor constante do cálculo de fl. 5 dos autos em apenso relativo ao aluguel daquele mês (R\$ 168,82) deve ser descontado do valor da execução.

Todavia, diante da inexistência de comprovação de pagamento, são devidas todas as demais prestações reclamadas a título de aluguel.

De outra banda, é sabido que a via executiva possibilita também a cobrança das despesas acessórias, tais como o Imposto Predial e Territorial Urbano (se houver previsão contratual que direcione a responsabilidade ao locatário) e as despesas com o consumo de energia elétrica, água, telefone, esgoto e outros (arts. 22, VIII, e 23, VIII, da Lei das Locações).

Entretanto, a titularidade para a cobrança do IPTU é do Município, enquanto compete às empresas de fornecimento de água ou energia elétrica, por exemplo, a cobrança dos valores relativos aos respectivos serviços públicos por elas prestados.

Assim, para que o locador possa valer-se da execução para receber tais quantias, faz-se mister que primeiro as pague e, posteriormente, busque o ressarcimento em face do locatário. Caso isso não ocorra, configura-se a sua ilegitimidade ativa neste particular.

Nessa esteira, assinalam Fredie Didier Júnior *et al*:

(...) Para que possam tais créditos ser executados pelo locador em face do locatário, é preciso que aquele pague tais valores antes, comprovando o pagamento e executando seu ressarcimento. Significa que a execução dos encargos acessórios depende da comprovação de seu pagamento prévio pelo locador. Sem essa comprovação, não poder ser promovida a execução, por falta de legitimidade ativa *ad causam*. (*Curso de direito processual civil: execução*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2010. v. 5, p. 187).

Nessa toada, infere-se dos autos que as faturas de energia elétrica cujas cópias repousam às fls. 19-20 da execucional encontram-se desprovidas de comprovação da sua quitação, o mesmo ocorrendo em relação aos débitos de IPTU explicitados no demonstrativo de fl. 23 dos autos em apenso.

Dessa feita, deve ser reconhecida, *ex officio*, a ilegitimidade ativa da Exequirente/Embargada para a deflagração de ação de execução objetivando o recebimento dos valores ora mencionados.

Já no que tange à cobrança da quantia atinente às faturas originadas do fornecimento de água (fls. 21-22 dos autos em apenso), embora devidamente comprovado o seu pagamento, verifica-se que tais documentos não indicam qual o imóvel para qual o serviço em tela foi prestado; ademais, indicam o nome de uma pessoa estranha à lide, o que impossibilita a aferição acerca de quem é o real responsável pelo seu pagamento. Nesse quadro, afigura-se descabida a inclusão de tais valores no cálculo da dívida e, portanto, também devem ser excluídos da execução.

Diante do exposto, dá-se provimento ao recurso interposto a fim de declarar a legitimidade passiva dos Apelados para figurarem no polo passivo

da ação de execução e, com fulcro no art. 515, 3º, do Código de Processo Civil, julgam-se parcialmente procedentes os embargos à execução a fim de excluir do montante excutido a parcela relativa ao aluguel do mês de agosto de 1995 e as quantias representadas pelos documentos de fls. 21-22 dos autos em apenso e, de ofício, declara-se a ilegitimidade ativa da Apelante para a cobrança dos valores atinentes ao IPTU e às faturas de energia elétrica.

DECISÃO

Nos termos do voto do Relator, decidiu a Primeira Câmara de Direito Civil, por unanimidade, dar provimento ao recurso interposto a fim de declarar a legitimidade passiva dos Apelados para figurarem no polo passivo da ação de execução e, com fulcro no art. 515, 3º, do Código de Processo Civil, julgar parcialmente procedentes os embargos à execução a fim de excluir do montante excutido a parcela relativa ao aluguel do mês de agosto de 1995 e as quantias representadas pelos documentos de fls. 21-22 dos autos em apenso e, de ofício, declarar a ilegitimidade ativa da Apelante para a cobrança dos valores atinentes ao IPTU e às faturas de energia elétrica.

Presidiu o julgamento, realizado no dia 22 de março de 2011, o Excelentíssimo Senhor Desembargador Carlos Prudêncio, com voto, e dele participou a Excelentíssima Senhora Desembargadora Substituta Denise Volpato.

Florianópolis, 28 de março de 2011.

Joel Dias Figueira Júnior
RELATOR

Apelação Cível n. 2006.027901-2, de Ituporanga

Relatora: Des. Subst. Denise Volpato

APELAÇÃO CÍVEL – DIREITO DE FAMÍLIA – AÇÃO DE DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO CUMULADA COM PARTILHA DE BENS – UNIÃO ESTÁVEL NÃO CARACTERIZADA – SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA.

INSURGÊNCIA AUTORAL – PLEITO PELA REFORMA DA SENTENÇA DE PRIMEIRO GRAU SOB O ARGUMENTO DE TER CONSTITUÍDO UNIÃO ESTÁVEL COM A REQUERIDA NO PERÍODO DE 1977 A 1996 – INSUBSISTÊNCIA – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA REFERIDA ENTIDADE FAMILIAR – ÔNUS QUE INCUMBIA AO AUTOR – EXEGESE DO ART. 333, I, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – RELACIONAMENTO QUE NÃO SE CONFUNDE COM SOCIEDADE DE FATO – AUTOR QUE MANTINHA RELACIONAMENTO SIMULTÂNEO COM 3 (TRÊS) MULHERES – PARTILHA DOS BENS – IMPOSSIBILIDADE – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2006.027901-2, da comarca de Ituporanga (Vara Cível, Crime e Anexos), em que é apelante P. N. P., e apelado C. S.:

ACORDAM, em Primeira Câmara de Direito Civil, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento. Custas legais.

RELATÓRIO

P.N. P. ajuizou Ação de Dissolução Judicial de Sociedade de Fato c/c Partilha de Bens em face de C. S., alegando ter constituído união estável com a requerida no período de 1977 a 1996. Aduziu ter o casal

amealhado bens durante a constância da união, sendo todos registrados no nome da requerida. Alegou que a requerida ficou com a administração de todas as aquisições do casal após a ruptura do relacionamento. Requereu o reconhecimento do vínculo familiar, bem assim a divisão do patrimônio comum. Requereu, ainda, a concessão do benefício da justiça gratuita. Atribuiu valor à causa e juntou documentos.

Devidamente citada, a requerida apresentou contestação (fls. 26/28), alegando serem inverídicas as afirmações do autor na exordial. Asseverou não ter mantido união estável com o requerente, mas sim esporádicos encontros amorosos, visto que ele já possuía duas famílias constituídas. Aduziu que seu patrimônio fora constituído com esforço próprio e de seus filhos, frutos de seu casamento. Além disso, argumentou que o autor é homem de negócios próspero, possuidor de vários bens, tendo apenas proposto a ação no intuito de vingar-se da requerida, por não mais desejar manter o namoro com ele. Por fim, requereu a improcedência do pedido, bem como seja o autor condenado nas penas de litigância de má-fé, além dos ônus sucumbenciais.

Houve réplica (fls. 48/49).

Designada Audiência de Conciliação, esta restou inexitosa (fl. 68).

Em Audiência de Instrução e Julgamento (fl. 98), foram colhidos os depoimentos pessoais das partes (fls. 99/100 e fls. 101/102), bem assim foram ouvidas cinco testemunhas do autor (fls. 103/107) e quatro testemunhas da requerida e um informante (fls. 110/118).

Apresentadas as alegações finais (fls. 121/139 e fls. 207/211), pelo Juiz de Primeiro Grau foi proferida a Sentença (fls. 352/362) julgando a lide nos seguintes termos: “Diante do exposto, JULGO IMPROCEDENTE o pedido de DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO C/C PARTILHA DO PATRIMÔNIO ADQUIRIDO PELO ESFORÇO COMUM, aforada por PERCIVAL NATIVIDADE PINHEIRO contra CARMELITA

SENEN e, em conseqüência, nos termos do art. 269, inciso I, do Código de Processo Civil, JULGO EXTINTO o presente processo. CONDENO o autor ao pagamento de custas processuais e honorários de advogado, fixados estes últimos em 20% do valor da demanda, devidamente corrigido.”

Irresignado com a prestação jurisdicional o requerente interpôs recurso de apelação (fls. 370/383), repisando os termos da inicial. Alega ter mantido união estável com a requerida no período de 1977 a 1996. Aduz ter o casal amealhado bens durante a constância da união, sendo todos registrados no nome da requerida. Por essas razões, requer o reconhecimento do vínculo familiar, bem assim a divisão do patrimônio comum.

Apresentadas as contrarrazões (fls. 389/397), ascenderam os autos a esta Corte.

Lavrou parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Jobél Braga de Araújo, manifestando-se pelo conhecimento e desprovimento do recurso.

É o relatório do essencial.

VOTO

1. Admissibilidade

É consabido que o procedimento recursal exige o preenchimento de pressupostos específicos, necessários para que se possa examinar o mérito do recurso interposto. Portanto, torna-se imperiosa, num primeiro momento, a análise dos pressupostos recursais, em razão de constituírem a matéria preliminar do procedimento recursal, ficando vedado ao Tribunal o conhecimento do mérito no caso de não preenchimento de quaisquer destes pressupostos.

Tais pressupostos são classificados como *intrínsecos* (cabimento, interesse recursal, legitimidade recursal, inexistência de fato extintivo do

direito de recorrer) e extrínsecos (regularidade formal, tempestividade e preparo). Os pressupostos intrínsecos estão atrelados ao direito de recorrer, ao passo que os extrínsecos se referem ao exercício desse direito.

Assim, preenchidos os pressupostos de admissibilidade, passa-se à análise do mérito.

2. Mérito

2.1 Da sociedade conjugal

O requerente lastra sua pretensão recursal insurgindo-se quanto ao não reconhecimento, em primeiro grau, da união conjugal havida com a requerida no período de 1977 a 1996.

De outra parte, afirma a requerida não ter iniciado sociedade conjugal com o requerente, mas sim tão-somente um relacionamento de namoro.

Pois bem, a controvérsia cinge-se na existência ou não de relacionamento marital entre as partes.

Alega o autor em sua exordial, ter convivido com a autora, *more uxorio*, desde o ano de 1977 até o ano de 1996. A requerida, por sua vez, afirma ter conhecido o autor, e com este começado a se relacionar, no ano de 1980, mais precisamente no mês de março, tendo o namoro perdurado até o ano de 1993, com intervalo de um ano entre 1990 e 1991.

Nesse sentido, verifica-se que durante longos anos o autor e a requerida mantiveram um relacionamento amoroso, restando esclarecer em que termos estabeleceu-se essa convivência.

Outrossim, imperioso estabelecer-se a diferença entre uma relação afetiva estável, o namoro, da união marital estável, a união estável.

A legislação vigente à época dos fatos, na forma alegada pelo autor, exige como requisito à configuração da união estável que a relação do casal revista-se da aparência de casamento (elemento objetivo). *In verbis*:

“Art. 1º É reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família.” (Lei n. 9.278/1996, vigente à época dos fatos)

Se assim o é, curial ressaltar residir o reconhecimento da sociedade conjugal em aspectos fáticos concretos que demonstrem a intenção de ambas as partes em constituir uma nova família, em tudo semelhante ao casamento.

Diverge, portanto, a união estável do namoro, em seu elemento subjetivo, em razão do grau de compromisso assumido pelo casal.

Hodiernamente, o comum nas relações afetivas interpessoais é a criação inicial de vínculos relativamente superficiais que gradativamente se transformam em uma comunhão de vida mais estável na medida em que os laços afetivos se aprofundam pelo conhecimento do outro.

Para tanto, estabelece a doutrina (DAL COL, Helder Martinez. União estável e contratos de namoro no novo código civil brasileiro. In Revista Brasileira de Direito de Família. v.6. n.23. Porto Alegre: Editora Síntese, 2004):

“Já a união estável, como analisada no corpo deste trabalho, é estado que se forma ao longo do tempo e pela verificação cumulativa de diversos requisitos. Assim, nem sempre é possível delimitar, com precisão, o momento em que uma relação deixou de ser um namoro estável e continuado, para converter-se em uma união estável, como decorrência da ausência de um marco inicial, pode tornar-se muito difícil definir o termo *a quo* para o início da comunicação do patrimônio comum. Difícil, mas não impossível! Há certos atos e comportamentos da vida a dois que podem ser tomados como elementos, no contexto probatório, para a determinação do início de uma união estável.

São exemplos disso a determinação da época aproximada em que o casal passou a residir sobre o mesmo teto (diferenciando o conviver do namorar, tornando os encontros casuais e furtivos, públicos e notórios); a chegada de filho comum, assumido, registrado, edu-

cado e mantido por ambos os pais; o momento da comunicação aos familiares e amigos da decisão de morarem juntos; ou a festa em comemoração a este momento; a abertura e a administração conjunta de conta corrente bancária, dentre outros.” (fl. 150)

Assim, a tarefa de estabelecer a linha divisória entre a relação de namoro e a união estável, por mais tormentosa que seja, deve ser realizada na cuidadosa análise pontual dos elementos probatórios trazidos aos autos pelas partes.

Com efeito, como se pode denotar do conjunto probatório carreado aos autos milita favoravelmente à versão sustentada pela apelada ao longo do processo. Isso porque, a prova testemunhal produzida não atesta a existência de intenção de ambas as partes em constituir nova família.

Dos depoimentos das testemunhas não se pode inferir claramente que a relação mantida entre as partes era estável, tendo em vista que os depoimentos prestados são antagônicos, não constituindo em prova segura para o deslinde da *quaestio*. As testemunhas arroladas pelo autor relatam a existência de união conjugal de fato, enquanto os depoimentos das testemunhas trazidas pela requerida rechaçam esta hipótese. Senão vejamos:

Primeira testemunha do autor – C. J. M. – fl. 103:

“Que conhece as partes desde 1978, pois na época vendeu um caminhão Mercedes Benz, 1113, ano 1973 para o autor e, naquela oportunidade teve conhecimento de que o autor e a requerida viviam juntos, inclusive sob o mesmo teto.”

Segunda testemunha do autor – J. dos S. S. – fl. 104:

“Que conhece o autor há mais ou menos 20 anos e, segundo diz a requerida desde 1978; que quando conheceu o autor, a princípio disse que o mesmo não estava mais casado com [a 1º esposa do autor], porém ao ser indagado de novo disse que tinha se enganado e, que conheceu o autor há mais ou menos 25 anos e, que naquela oportunidade o autor ainda estava casado com [a 1º esposa do autor]; [...]; que nos anos de 1982 a 1985, o depoente pode afirmar que

o autor residia na casa da requerida, nas proximidades do cemitério, no bairro Santo Antônio.”

Terceira testemunha do autor – O. D. S. – fl. 105:

“Que o depoente é primo-irmão da requerida; que pelo que sabe [a apelada/requerida] foi casada com [N., ex-marido da requerida]; não sabendo informar até que ano e, na constância do casamento tiveram 5 ou 6 filhos; que pelo que sabe o autor e a requerida moraram juntos, não sabendo informar o tempo.”

Quarta testemunha do autor – J. P. K. – fl. 118:

“Que foi contratado para construir o prédio [do mercadinho da requerida] pelo autor e pela requerida; que na época, pelo que sabe o depoente as partes moravam juntas, vivendo como marido e mulher.”

Quinta testemunha do autor – A. J. – fl. 107:

“Que o depoente plantava cebola e milho naquela localidade, como arrendeiro e, em várias oportunidades o autor e a requerida foram até o imóvel; que quando o autor e a requerida iam até aquele imóvel se apresentavam como marido e mulher e era esta a impressão que tinha o depoente.”

Primeira testemunha da requerida – M. T. da S. – fls. 110/111:

“Que conhece a requerida há mais ou menos 26 anos e o autor há mais ou menos 20 anos; que conheceu [a apelada/requerida] quando a mesma ainda estava casada com [N., ex-marido], sendo que na época [a apelada/requerida] trabalhava como costureira; [...] que quando [a apelada/requerida] começou a namorar com [o autor] ainda era costureira, e logo e seguida faleceu a mãe da requerida, sendo que de herança a mesma recebeu mais um imóvel com uma casa; que pelo que diz [o autor] era namorado da requerida, visitando-a vez por outra; que pelo que diz o autor e a requerida nunca chegaram a conviver como marido e mulher; que o autor e a requerida saíam juntos muito pouco, indo algumas vezes em ‘carreiradas’ e, em algumas festas; [...] que quando o autor começou a namorar com a requerida ainda era casado e, pelo que diz a depoente depois ocorreu a separação e o autor começou a conviver com uma moça com diz a depoente que ele convive até hoje e com

quem tem filhos; que pelo que recorda-se o autor e a requerida não matém mais relacionamento amoroso há mais ou menos dez anos.”

Segunda testemunha da requerida – D. F. – fls. 112/113:

“Que conhece as partes há mais ou menos 18 ou 19 anos, sendo que há mais ou menos 14 anos o depoente é vizinho de [apelada/requerida]; que pelo que sabe a requerida e o autor mantiveram um namoro entre os anos de 1989 até mais ou menos final do ano de 1996; que quando começaram a namorar a requerida era costureira, sendo proprietária de uma casa de madeira no bairro Santo Antônio.”

Quarta testemunha da requerida – I. N. da S. – fl. 116:

“Que a depoente conheceu a requerida em 1983 mais ou menos, sendo que na época a requerida era proprietária de uma farmácia, onde hoje é o supermercado Senen; que já naquela época o autor namorava com a requerida e, mantiveram este relacionamento, pelo que sabe a depoente, até mais ou menos 1993; que pelo que diz a depoente as partes nunca chegaram a viver juntos como se marido e mulher fossem, apenas mantinham relacionamento de namoro.”

Quinta testemunha da requerida - A. S. W. – fls. 117/118:

“Que conhece o autor desde pequena, sendo que é residente em Alfredo Wagner, no mesmo local que reside o autor; que segundo a depoente frequenta salão de beleza desde os doze ou treze anos e, numa dessas vezes encontrou a dona [C., 3ª mulher com quem se envolveu o autor no mesmo período], não sabendo informar o sobrenome da mesma, de quem se diz muito amiga e, esta última, ou seja [C.] que segundo a depoente é a atual companheira de [autor] teria comentado que [o autor] tinha um envolvimento amoroso com [a apelada/requerida]; que segundo [C.] a mesma aceitava tal fato, pois [o autor] mantinha o relacionamento com [a apelada/requerida] apenas para conseguir dinheiro e assim, manter um padrão de vida que não tinha condições de sustentar; que segundo comentou [C.] para a depoente: ‘como uma pobretona como ela poderia pintar os cabelos e arrumar as unhas se [o autor] não agisse daquela forma e, por isto é que aceitava tal fato’; que estes acontecimentos ocorreram mais ou menos no ano de 1992 ou 1993; que [o autor] ainda mantém [C.] como sua companheira; [...]; que pelo que sabe [o autor] teve três filhos com [C.]”

Nesse sentido, sendo plenamente dissonante os testemunhos, o juízo acerca da existência ou não de união com caracteres familiares deve se embasar no restante do conjunto probatório.

Outrossim, conforme bem ponderou o representante do Ministério Público, “as próprias testemunhas do Apelante se contradisseram, além do que a maior parte delas sequer conseguiu informar onde as partes moravam” (fl. 410).

Assim, é imperioso destacar o depoimento pessoal do próprio autor, que revela ser o envolvimento amoroso com a requerida uma relação extraconjugal e, ainda, que, após a sua separação (de fato) continuou mantendo com sua ex-esposa um relacionamento como amantes, *verbis*:

“Que o depoente começou um relacionamento amoroso com a requerida nos anos de 1976 e 1977, quando mantinham um relacionamento extraconjugal, sendo que na época a requerida ainda era casada e vivia com [N.I., ex-marido da apelada/requerida]; que o depoente na época era casado com [C.B., ex-esposa do autor] e residia na localidade de Catuíra, município de Alfredo Wagner; que a requerida separou-se de [N.] em 1978 e, o requerido separou de fato de [sua ex-esposa] em 1976 e 1977; que durante algum tempo ficou residindo numa casa em um sítio na localidade de Arnópolis, município de Alfredo Wagner; [...]; que desde 1978 não mais residiu com [sua ex-esposa], mantendo apenas um relacionamento como amantes, de forma esporádica, até o ano de 1982 ou 1983, que de 1978 até 1996, o depoente e [a apelada/requerida] viveram juntos, sempre no município de Ituporanga.”

Ainda, dессome-se do processado, a juntada pelo autor de um bilhete enviado pela requerida a ele, demonstrando que existiu entre o autor e a requerida, na verdade, uma relação corrompida por indesejáveis deslealdade e ingratidão, além de um estado de animosidade entre as partes (fl. 203), *verbis*:

“Percival parece mentira que ja estamos separados eu que achava que não conseguia viver sem você. Espero que sejas mais feliz com esta jovem do que ao meu lado eu mesma fui culpada de deixar chegar

tão longe nossa união pois você sempre me traiu e eu acho que enquanto há traição não tem amor – porque amor puro e sincero não trai- sei que podíamos ter sido muito feliz para sempre – mas não assim sempre esta sombra da traição no meio.

O detetive me trouxe agora o resto dos papeis e algum filme que te filmaram em locais com a outra, mas nem vou ver este filme porque teria que ir na casa de alguém que tem um video e chega de me humilhar só guardo os filmes assinaturas do povo do teu local – da justiça de lá – do comércio e vizinho que assinarem o que viram e sabem agora – eu vou ficar em paz porque a traição que você sempre achava tão bom pra mim era um martírio.

12 anos que se passaram e deixaram suas marcas – mas Deus é o dono do nosso destino e é nas mãos dele que eu me apego para resistir toda essa humilhação.

Espero que agora você seja feliz nada mais irá te encomodar como eu fazia – tens uma personalidade muito boa e por este lado penso que Deus te ilumine também.”

Ora, como se vê, a relação das parte nunca obteve a estabilidade familiar, pois dissonantes as vontades das partes: a requerida efetivamente almejava constituir família, enquanto o autor tão-somente a “enrolava”.

Não restam dúvidas quanto ao existência de afeto, principalmente por parte da requerida – que suportou por longos anos as “idas e vindas” do autor – no entanto, pairam dúvidas acerca de fatos essenciais à demonstração da união estável. Isso porque, em que pese ser indiscutível que o relacionamento entre as partes era notoriamente público e contínuo, não restou comprovado, por outro lado, o requisito fundamental da união estável e que sutilmente a diferencia do namoro, qual seja, o objetivo de constituir família.

Nesse viés, a despeito do alegado pelo autor na exordial, restou demonstrado ter ele mantido três relacionamentos ao mesmo tempo. É o próprio autor que, em depoimento pessoal – acima destacado –, declara

ter se separado de fato da esposa em 1976 e 1977, mas mantendo contato pessoal como amantes até o ano de 1983.

A apelada/requerida alega em contestação, fato não impugnado, ter o autor mantido ainda relacionamento estável com outra mulher, fato confirmado por várias testemunhas do autor e da requerida (como já transcrito), como se observa:

Primeira testemunha do autor – C. J. M. – fl. 103:

Que pelo que sabe, [o autor] tem 2 filhos com [C.B.], que reside na localidade de Limeira, crianças estas com idade aproximada de 5 ou 6 anos [testemunho prestado em 1998].

Quinta testemunha do autor – A. J. – fl. 107:

Que na época, entre 1984 e 1987, havia comentários de que o autor também tinha envolvimento com a senhora [C.B.].

Desta feita, resta clarividente a ausência de intenção do apelante em constituir família com a requerida, não preenchendo portanto os requisitos da caracterização da união estável.

Destarte, não se sustentou, à vista do conjunto probatório, a tese da relação marital *more uxório* para a configuração da união estável, de acordo com os requisitos norteadores elencados no art. 1º da Lei n. 9.278/96. O apelante não comprovou a existência de relação nos moldes e com objetivos legais próprios da união estável, afigurando-se o relacionamento havido entre ambos mais como im namoro revestido de estabilidade, porém não uma união estável constituída de objetivos de vida em comum, notadamente o de constituição de família e de patrimônio pelo esforço conjunto.

Nessa linha de raciocínio, evidencia-se que os elementos probatórios constantes nos autos confluem para demonstração da existência de um relacionamento de namoro, visto que não demonstram a intenção de ambas as partes em constituir uma nova família, em tudo semelhante ao casamento.

O autor afirma na exordial, sem entretanto amearhar provas robustas aos autos, ter mantido durante o período de 1977 a 1996 união estável com a requerida.

De outra parte, tem-se não ser digna de êxito a versão apresentada pelo apelante de que a relação mantida com a requerida constituía legítima união estável, pois, como se pôde observar, além de não haver preenchido os requisitos indispensáveis ao reconhecimento da aludida entidade familiar, não se olvide, ainda, a incidência direta, na hipótese, da circunstância de impedimento legal que, por óbvio, obsta a caracterização do instituto, e, conseqüentemente, a repercussão patrimonial pretendida pelo apelante.

Nesse particular, é consabido que a distribuição do ônus da prova (art. 333, do Código de Processo Civil) segue o princípio – “a produção da prova compete a quem alegar”.

Assim, cabe ao autor a prova relativa aos fatos constitutivos do seu direito (art. 333, I, do CPC), enquanto à requerida incumbe a prova do fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito (art. 333, II do CPC).

Toda a documentação juntada aos autos, no entanto, demonstra que o relacionamento havido entre o apelante e a apelada não preenche, adequadamente, os requisitos para configuração da entidade familiar caracterizadora da união estável, conforme pretende o apelante.

Com efeito, verifica-se prevalecer a versão dos fatos defendida pela requerida, pois a versão sustentada pelo autor não encontra respaldo no conjunto probatório colacionado aos autos (art. 333, I, do CPC). Forçoso concluir, portanto, não ter o autor se desincumbido satisfatoriamente do ônus que lhe é imposto pelo art. 333, I, do Código de Processo Civil.

Pois bem, como já se afirmara, o relacionamento marital estável tem um duplo caráter, objetivo e subjetivo: o primeiro a aparência de casamento perante os outros, e o segundo o *animus* de formar novo núcleo familiar,

relativamente independente das famílias dos cônjuges, o que na hipótese em exame não restou caracterizada.

Assim, não restando comprovada a existência de união estável, não há que se falar em divisão dos bens da recorrida, haja vista que este direito surge a partir do reconhecimento da sociedade de fato, o que *in casu* não ocorreu.

Demais disso, conforme restou consignado em Sentença (fl. 359), “mesmo que ficasse comprovado o concubinato – o que se diz a título de argumento – ainda, assim, a simples convivência *more uxório*, isto é com a aparência de casamento, não é suficiente para demonstrar que, durante o concubinato, se instalou também, uma sociedade de fato – no sentido de angariar patrimônio comum, pois esta implica em fatores outros, diversos do concubinato e com características distintas. Esta sim garantiria ao autor, direito de partilhar os bens adquiridos durante a convivência com a ré”.

Ademais, ao estabelecer os reflexos patrimoniais das uniões estáveis e do casamento, a legislação civil tem como base a família monogâmica, nos moldes do costume de nossa sociedade.

In casu, mesmo que reconhecida a existência de uma união civil de fato com caracteres de família, não haver-se-ia de impingir as determinações atinentes ao regime da comunhão parcial de bens em proveito do autor, porquanto, ao sustentar simultaneamente três relacionamentos “relativamente estáveis”, provocou enorme confusão patrimonial.

Há de se destacar que, diversamente do que almeja o autor com a presente ação, não é somente o patrimônio da parte requerida na ação de dissolução que é considerado comum, mas também os bens registrados em seu nome.

Nesse sentido, estando evidenciada a conjugação de mais de uma “entidade familiar”, é mister para requerer a partilha do patrimônio comum

a demonstração da efetiva participação financeira do autor na constituição patrimonial.

E mais, para a partilha do patrimônio existente em nome do requerente – que, como dito, seria igualmente partilhável –, diante da suposta manutenção de três “entidades familiares”, haveria de se chamar à lide as outras “companheiras” envolvidas, em flagrante litisconsórcio necessário.

Bem por isso, o Código Civil (em seu artigo 1.523, III), estabelece como causa suspensiva do casamento, e como tal da União Estável, a dissolução de união anterior com a efetiva partilha de bens. *Verbis*:

“Art. 1.523. Não devem casar:

III - o divorciado, enquanto não houver sido homologada ou decidida a partilha dos bens do casal;”

Deste modo, a inobservância da condição suspensiva das novas núpcias – que pretende, tão-somente, evitar a confusão patrimonial entre as duas famílias – impinge à união o regime da separação obrigatória de bens:

“Art. 1.641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento:

I - das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento;”

A própria lei civil, portanto, determina mecanismos de proteção dos bens das partes emocionalmente envolvidas nos casos em que é possível a confusão patrimonial, como na hipótese em comento.

Dessarte, mesmo que reconhecida a união estável almejada, diante da evidente confusão patrimonial ocasionada pelo agir do autor – que manteve relacionamento simultâneo com três mulheres –, impossível seria a decretação da partilha dos bens da requerida/apelada sem prova da participação financeira, com o chamado “esforço comum”.

Ante o exposto, o voto é no sentido de conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

DECISÃO

Nos termos do voto da Relatora, a Câmara decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

O julgamento, realizado no dia 07 de dezembro de 2010, foi presidido pelo Excelentíssimo Desembargador Carlos Prudêncio, com voto, e dele participou o Excelentíssimo Desembargador Stanley da Silva Braga.

Florianópolis, 13 de dezembro de 2010.

Denise Volpato
RELATORA

Apelação Cível n. 2006.043183-2, da Capital

Relatora: Des. Subst. Denise Volpato

APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS À EXECUÇÃO – ALEGAÇÃO DE IRREGULARIDADE NA REPRESENTAÇÃO DO ESPÓLIO – SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA.

APELO DO EMBARGANTE – PLEITO PELO RECONHECIMENTO DA NULIDADE DA EXECUÇÃO EM RAZÃO DA IRREGULARIDADE NA REPRESENTAÇÃO DO ESPÓLIO – IMPOSSIBILIDADE – HERDEIRO QUE AJUIZOU INVENTÁRIO – IRRELEVÂNCIA DO FATO DE NÃO HAVER FIRMADO O COMPROMISSO DE INVENTARIANTE – EMBARGANTE EFETIVAMENTE NOMEADO PELO JUÍZO – CONJUNTO PROBATÓRIO QUE INDICA O EXERCÍCIO DE FATO DOS PODERES DE ADMINISTRADOR DA HERANÇA – ACEITAÇÃO DA CITAÇÃO EM NOME DO ESPÓLIO – INEXISTÊNCIA, ADEMAIS, DE OPOSIÇÃO DE OUTROS HERDEIROS – REGULARIDADE DA REPRESENTAÇÃO – PARTE QUE REPRESENTA O ESPÓLIO EM JUÍZO COMO ADMINISTRADOR PROVISÓRIO – EXEGESE DO ARTIGO 985 E 986 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO.

1 - “Art. 985. Até que o inventariante preste o compromisso (art. 990, parágrafo único), continuará o espólio na posse do administrador provisório.”

“Art. 986. O administrador provisório representa ativa e passivamente o espólio, é obrigado a trazer ao acervo os frutos que desde a abertura da sucessão percebeu, tem direito ao reembolso das despesas necessárias e úteis que fez e responde pelo dano a que, por dolo ou culpa, der causa.”

2 - “Irrelevante é o fato da *actio* ter sido proposta em nome do espólio, independentemente da instauração do Inventário, porque o administrador provisório, *ex vi* do art. 986 do Código de Processo Civil, o representa ativa e passivamente.” (TJSC, Apelação Cível n. 45.573, rel Des. Francisco de Oliveira Filho, julgada em 27/02/1996)

LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ – INTUITO PROTETATÓRIO RECONHECIDO – INTELIGÊNCIA DO ART. 17, IV, VI E VII, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – APLICAÇÃO, DE OFÍCIO, DA MULTA E DA PENA DE INDENIZAÇÃO PREVISTA NO ART. 18 DO CADERNO PROCESSUAL CIVIL.

- É imperioso reconhecer-se causarem as manobras desleais da embargante efeitos danosos para além da esfera patrimonial da embargada, atingindo à sociedade como um todo. Ora, flagrante o prejuízo gerado à sociedade pela desnecessária movimentação da dispendiosa máquina judiciária.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2006.043183-2, da comarca da Capital (4ª Vara Cível), em que é apelante José Carlos Régis Júnior, e apelado Ribeironense Transportes Coletivos Ltda:

ACORDAM, em Primeira Câmara de Direito Civil, por votação unânime, conhecer do recurso do embargante e negar-lhe provimento, condenando-o, de ofício, ao pagamento de multa de 1% mais indenização de 2% (dois por cento), ambas incidente sobre o valor atualizado da causa, a título de litigância de má-fé. Custa legais.

RELATÓRIO

José Carlos Regis Junior, na defesa de seus interesses como herdeiro do espólio de Carlos José Régis opôs Embargos à Execução ajuizada por Ribeironense Transportes Coletivos Ltda contra o Espólio de Carlos José Régis, seu pai. Alegou não ser o inventariante do espólio, não podendo receber a intimação da penhora (assinar o Auto de Penhora) realizada sobre bem do *de cujus*, acarretando a nulidade do ato, que necessita da participação de todos os herdeiros necessários para se perfectibilizar. Aduziu ter sido nomeado como inventariante, mas, por motivo de foro íntimo, jamais assinou o termo de compromisso. Destacou que por não haver assinado o termo de compromisso nos autos de inventário, o processo de reunião e divisão dos bens fora “arquivado administrativamente”. No mérito, alegou haver excesso na execução porquanto sendo nula a representação do espólio, o processo de conhecimento – movido contra o espólio, por si representado – não poderia gerar efeitos sobre o quinhão pertencente aos outros herdeiros que não participantes da lide principal. Aduz, assim, que o efeito da condenação somente há de recair sobre o seu quinhão hereditário, pois ele respondeu durante toda a lide como simples herdeiro, e não em nome do espólio. Requereu o benefício da justiça gratuita e juntou documento (fl. 10).

A gratuidade da justiça foi deferida às fl. 35.

Devidamente intimada, Ribeironense Transportes Coletivos Ltda. apresentou resposta (fls. 12/15) na qual alegou, preliminarmente, a intempestividade do expediente processual. No mérito, aduziu ter o embargante se apresentado durante o curso do processo de conhecimento como representante do espólio, participando de uma infinidade de atos processual sem nunca ter manifestado o alegado defeito na representação. Negou, ainda, haver excesso na execução.

Em Sentença (fls. 17/20), foi declarada a intempestividade dos embargos.

Após a interposição de recurso de apelação (fls. 23/33), esta Egrégia Câmara entendeu pela tempestividade do expediente processual e determinou o seu processamento no juízo de origem (fls. 49/53).

Às fls. 59/63 o Magistrado *a quo*, de ofício, requereu o traslado de cópia integral dos autos de inventário, juntados às fls. 65/77.

Ato contínuo, sobreveio Sentença (fls. 90/97) nos seguintes termos: “Improcede os embargos, no todo. *Isso posto*, conhecendo a lide diretamente e afastando, a *prefacial de ilegitimidade do embargante*, JULGO IMPROCEDENTE, os presentes embargos à execução, e em conseqüência, condeno a parte embargante em custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 10% sobre o valor da execução. P. R. I. Por cautela, determino que se intime os herdeiros relacionados nos autos, da penhora efetivada, para requererem o que de direito, sob as penas da lei.”

Irresignado, Carlos José Regis Junior interpôs recurso de apelação (fls. 101/109) repisando os termos expendidos na exordial. Assevera não poder ser considerado o regular representante do espólio pois nunca chegou a assinar o compromisso de inventariante, inexistindo sequer inventário em curso.

Juntadas as contrarrazões (fls. 113/117), ascenderam os autos a esta Corte de Justiça.

É o relatório.

VOTO

1- Admissibilidade

É consabido que o procedimento recursal exige o preenchimento de pressupostos específicos, necessários para que se possa examinar o mérito do recurso interposto. Portanto, torna-se imperiosa, num primeiro momento, a análise dos pressupostos recursais, em razão de constituírem a matéria preliminar do procedimento recursal, ficando vedado ao Tribunal o conhecimento do mérito no caso de não preenchimento de quaisquer destes pressupostos.

Tais pressupostos são classificados como *intrínsecos* (cabimento, interesse recursal, legitimidade recursal, inexistência de fato extintivo do direito de recorrer) e *extrínsecos* (regularidade formal, tempestividade e preparo). Os pressupostos intrínsecos estão atrelados ao direito de recorrer, ao passo que os extrínsecos se referem ao exercício desse direito.

Assim, preenchidos os pressupostos de admissibilidade, passa-se à análise do mérito.

2- Mérito

Cinge-se o mérito do presente recurso na aferição da regularidade da representação do espólio de Carlos José Régis exercida no curso de processo de conhecimento e de execução.

Alega o inventariante nomeado não poder responder pelo espólio porquanto jamais teria assinado o necessário Termo de Compromisso de Inventariante, como exigido em lei.

Sem razão contudo.

A questão atinente à citação, mormente nos casos de representação processual, é matéria de reiterada controvérsia judicial. Afinal, não obstante terem ciência da demanda, as partes utilizam-se de filigranas processuais para tentar se eximir de suas responsabilidades, em flagrante menosprezo ao viés obrigacional da palavra cidadania.

In casu, deve-se observar estar o embargante tentando desvencilhar-se da obrigação do espólio por meio de expediente em tudo semelhante à fraude.

Como se pode observar do conjunto processual que acompanha os autos dos presentes Embargos à Execução, se alguma nulidade ocorreu no curso do processo de conhecimento, ou ainda, na execução, essa nulidade tem somente um causador: o embargante.

Conforme demonstra a cópia do inventário de Carlos José Regis (fls. 65/77), fora o próprio embargante quem ingressou com o inventário em junho de 1993, tendo sido de pronto nomeado como representante do espólio pelo Juiz (em 17/06/1993 - fl. 67).

Ocorre que, após receber citação em nome do espólio em agosto de 1993 – no processo de conhecimento apenso (que resultou na Sentença exequenda) –, manteve-se inerte na assinatura do Termo de Compromisso de Inventariante, deixando o inventário sem andamento até os dias atuais, possivelmente ao perceber que não alcançaria crédito.

Como bem destacado pelo Magistrado *a quo*, a situação mostra fortes contornos de malícia processual, podendo o irregular andamento do inventário ser atribuível ao embargante – seja sob o aspecto culposo ou doloso.

A situação, entretanto, a despeito de ter gerado aparente nulidade de representação, não tem o condão de nulificar os atos processuais praticados pelo embargante em nome do espólio.

Isso porque, mesmo não estando formalmente compromissado nos autos de inventário, o embargante exerceu o *munus* de representante da universalidade patrimonial como administrador provisório.

Sobre a figura do administrador provisório, destaca-se do Código de Processo Civil:

Art. 985. Até que o inventariante preste o compromisso (art. 990, parágrafo único), continuará o espólio na posse do administrador provisório.

Art. 986. O administrador provisório representa ativa e passivamente o espólio, é obrigado a trazer ao acervo os frutos que desde a abertura da sucessão percebeu, tem direito ao reembolso das despesas necessárias e úteis que fez e responde pelo dano a que, por dolo ou culpa, der causa.

E extrai-se da doutrina:

Ocorrendo a morte de uma pessoa, a posse direta da herança normalmente está com o cônjuge supérstite, ou companheira(o), ou herdeiro. Até que seja aberto o inventário, nomeado e comprometido o inventariante, é necessário que alguém se encarregue de praticar os atos de conservação e guarda dos bens ficados por falecimento do de cujus. Esse alguém é chamado pelo CPC de administrador provisório, uma espécie de inventariante temporário. Não há administrador provisório nomeado nos autos do inventário; neste há inventariante. A administração fica provisoriamente com quem detém a posse da herança, que assume, independentemente de qualquer nomeação judicial, a representação ativa e passiva do espólio, cumprindo-lhe a prática dos atos necessários ao resguardo e conservação dos bens.

O administrador, quando demandar pelo espólio, deverá provar essa condição, assim como quem contra o espólio reclamar judicialmente poderá fazê-lo na pessoa do administrador provisório, desde que comprove estar aquela pessoa investida *ex vi legis* no cargo.

Como o próprio nome indica, o administrador é provisório, ou seja, haverá de ser substituído, posteriormente, pelo inventariante. Como o óbito é suporte fático para a incidência do art. 1.572 do CC, passando a propriedade e a posse dos bens deixados pelo falecido diretamente aos herdeiros (saisina), foi necessário estabelecer a administração provisória do espólio, inclusive para, na pessoa do administrador provisório, ser demandado por obrigações do *de cujus*. (Fischmann, Gerson. Comentários ao código de processo civil: dos procedimentos especiais, arts. 982 a 1.102c. v.14. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p.44/45)

Por força do *princípio de saisine (droit de saisine)*, uma vez aberta a sucessão, a posse indireta dos bens do *de cuius* – universalmente considerados – passa automaticamente às mãos dos herdeiros, sendo conferida a sua administração à cônjuge (ou companheira) supérstite, ou, em sua falta, a outro herdeiro (escolhendo-se preferencialmente quem se encontre na posse direta e administração de algum bem da herança).

No caso em comento, em que o falecido era divorciado (fl. 69), há de se atribuir ao embargante o efetivo exercício do encargo de representante do espólio.

Segundo a determinação constante no artigo 987 do Código de Processo Civil, incumbe ao administrador do espólio requerer a abertura do inventário.

Pois bem, o único herdeiro que intentou procedimento de inventário dos bens do *de cuius*, tendo sido, inclusive, efetivamente nomeado pelo juízo para representá-lo foi o embargante. Esse fato, demonstra, extreme de dúvidas, que ele era o administrador provisório do espólio, ou ao menos foi o único herdeiro interessado na regularização da situação dos bens recebidos em herança, o que lhe confere a capacidade de representar ativa e passivamente em juízo a herança deixada pelo falecido.

Nesse sentido, acerca da representação de fato do administrador provisório, destaca-se dos julgados desta Câmara:

A condição de administrador provisório (art. 986 do CPC) é encargo pré-processual, constituindo situação de fato, representando o espólio ativa e passivamente, cabendo-lhe requerer o inventário. (TJSC, Apelação Cível n. 97.000197-5, rel. Des. Francisco de Oliveira Filho, julgado em 26/08/1997)

Ademais, em todo o momento, desde o ingresso com a demanda condenatória em 1993 até a oposição dos presentes embargos comportou-se o embargante como efetivo representante da massa patrimonial, não

havendo, em momento algum, qualquer oposição dos outros herdeiros, seja nos autos do inventário, da ação condenatória ou executiva.

Não há, portanto, nenhuma irregularidade na representação do espólio de Carlos José Régis.

Referente ao suposto excesso de execução, o pleito recursal igualmente não merece guarida porque a alegação, da forma como foi apresentada, encontra-se vinculada à irregularidade de representação já afastada.

Deste modo, não há empeco algum à efetivação da execução.

3- Litigância de má-fé

Por derradeiro, há de se analisar a conduta da parte embargante à luz das disposições concernentes à necessária boa-fé processual.

Nos termos do Diploma Processual Civil, reputa-se litigante de má-fé aquele que abusa do seu direito de defesa e acesso ao Poder Judiciário ao provocar incidente manifestamente infundado para opor resistência injustificada ao andamento do processo (art. 17, IV e VI do Código de Processo Civil).

Trata-se de um poder-dever do juízo de manutenção da probidade e lealdade processual (art. 14, II, do Código de Processo Civil) – porquanto o processo visa tão-somente a elucidação da verdade como forma de equacionar as vontades dissonantes das partes – e, portanto, há de ser reconhecida de ofício, como exprime a literalidade do artigo 18 do CPC.

Outrossim, imperioso reconhecer-se causarem as manobras desleais do embargante efeitos danosos para além da esfera patrimonial do embargado, atingindo à sociedade como um todo. Ora, flagrante é o prejuízo gerado à sociedade pela desnecessária movimentação da dispendiosa máquina judiciária.

In casu, resta evidente que a real intenção do embargante é a efetivação da penhora, e assim, utilizar-se gratuitamente do bem pelo longo tempo de tramitação processual.

Assim, pela temeridade do incidente e caráter procrastinatório do recurso, resta evidenciada a litigância de má-fé do embargante (art. 17, IV, VI e VII do CPC), a quem, de ofício, impõe-se multa de 1% (um por cento) e pena de indenização de 2% (dois por cento), ambas sobre o valor atualizado da causa, nos termos do art. 18, do Código de Processo Civil.

Ressalta-se, outrossim, que a penalidade ora imposta não restará sobrestada pelo manto da Justiça Gratuita.

O alcance das disposições concernentes à Assistência Judiciária, ou Justiça Gratuita, nos termos do art. 3º, da Lei n. 1.060/1950, encontra-se limitados à conferência de condições materiais para o cidadão exercer seu direito de acesso à jurisdição.

A regra não pode ser utilizada, contudo, para eximir a parte de suas responsabilidades ao intentar lide temerária.

Assim, por não se tratar a multa e a indenização arbitrada por litigância de má-fé de um ônus sucumbencial propriamente dito, mas sim de sanção legal, há de se condenar os autores ao pagamento de indenização de 2% (dois por cento) do valor da causa à construtora requerida, sem a incidência da suspensão descrita no art. 12, da Lei n. 1.060/1950.

Ante o exposto, o voto é no sentido de conhecer do recurso do embargante e negar-lhe provimento, condenando-o, de ofício, ao pagamento de multa de 1% mais indenização de 2% (dois por cento), ambas incidente sobre o valor atualizado da causa, a título de litigância de má-fé.

DECISÃO

Nos termos do voto da Relatora, a Câmara decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso do embargante e negar-lhe provimento, condenando-o, de ofício, ao pagamento de multa de 1% mais indenização de 2% (dois por cento), ambas incidente sobre o valor atualizado da causa, a título de litigância de má-fé.

O julgamento, realizado no dia 23 de novembro de 2010, foi presidido pelo Exmo. Des. Carlos Prudêncio, com voto, e dele participou o Exmo. Des. Stanley da Silva Braga.

Florianópolis, 24 de novembro de 2010.

Denise Volpato
RELATORA

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

APELAÇÕES CÍVEIS

Apelação Cível n. 2010.075914-2, de Santo Amaro da Imperatriz

Relator: Des. Fernando Carioni

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA. JUÍZO DO INVENTÁRIO. INTERESSE DE AGIR. CRÉDITO REPRESENTADO POR TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL. MEIO PROCESSUAL. ESCOLHA DO CREDOR. ADEQUAÇÃO DA VIA ESCOLHIDA. SENTENÇA TERMINATIVA CASSADA. RECURSO PROVIDO.

O pedido de pagamento de dívida perante o juízo do inventário é o meio dado ao credor de resgatar seu crédito sem a necessidade de ajuizar ação própria.

JULGAMENTO PELO TRIBUNAL. ARTIGO 515, § 3º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. HABILITAÇÃO DE CRÉDITO NOS AUTOS DE INVENTÁRIO. SENTENÇA HOMOLOGATÓRIA. TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL. DISCUSSÃO SOBRE O CONTEÚDO DO TÍTULO. IMPOSSIBILIDADE. REMESSA DOS AUTOS ÀS VIAS ORDINÁRIAS. ATO DESNECESSÁRIO. HABILITAÇÃO DE CRÉDITO PROCEDENTE. SOLUÇÃO QUE ATENDE AOS PRINCÍPIOS DA ECONOMIA, CELERIDADE E INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS. PEDIDO ACOLHIDO.

Nos casos de extinção do procedimento, sem julgamento do mérito, pode o tribunal julgar desde logo a lide, se a causa estiver

em condições de imediato julgamento, *ex vi* do artigo 515, § 3º, do Código de Processo Civil.

No juízo de inventário, o credor de dívida representada por título executivo judicial não necessita ser enviado às vias ordinárias, mesmo nos casos de discordância dos herdeiros. É que nesses casos, por estar a dívida revestida de liquidez, certeza e exigibilidade, não há que revolver a discussão do seu conteúdo.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2010.075914-2, da comarca de Santo Amaro da Imperatriz (Vara Única), em que são apelantes Lauro Lichtenfels e Ivone Castanheira Lichtenfels, e apelado Espólio de Antônio Hass:

ACORDAM, em Terceira Câmara de Direito Civil, por votação unânime, dar provimento ao recurso para, aplicando-se o art. 515, § 3º, do CPC, julgar procedente o pedido inicial. Custas legais.

RELATÓRIO

Lauro Lichtenfels e Ivone Castanheira Lichtenfels ajuizaram pedido de cobrança de dívida contra o espólio de Antônio Hass, no qual relataram que o *de cujus*, conforme acordos realizados no Juizado Especial Cível no início de 2006, comprometeu-se a quitar o imóvel onde residem.

Afirmaram que o autor do espólio assumiu o compromisso de pagar a quantia de R\$ 12.000,00 (doze mil reais), mais os valores correspondentes à transferência do imóvel, cerca de R\$ 500,00 (quinhentos reais), perfazendo o montante de R\$ 12.500,00 (doze mil e quinhentos reais).

Mencionaram que, tendo o falecido deixado de pagar o valor acordado na data aprazada, 26-5-2006, promoveram ação de execução, que foi protocolizada no dia 2-8-2006, e autuada sob o n. 057.06.001538-8.

Salientaram que no dia 1º-10-2006, o *de cujus* formalizou acordo, no qual se comprometeu ao pagamento da quantia de R\$ 6.000,00 (seis mil reais), em seis parcelas iguais e sucessivas de R\$ 1.000,00 (mil reais), a primeira com vencimento em 2-11-2006 e a última no dia 2-4-2007, e a entregar a madeira necessária para a construção de um bar de cinco metros quadrados por três metros quadrados.

Destacaram que o acordo formalizado foi encaminhado ao juízo no dia 2-10-2006, requerendo-se a sua homologação por sentença e a consequente extinção da Ação de Execução n. 057.06.001538-8.

Acrescentaram que, na época da realização do acordo, o falecido emitiu seis notas promissórias, como garantia ao pagamento.

Alegaram que o artigo 1.017 do Código de Processo Civil possibilita que o pedido de pagamento de dívidas do *de cujus* se formalize nos autos de inventário.

Pleitearam, ao final, a distribuição da ação por dependência aos autos de inventário n. 057.06.002318-6, bem como a condenação do espólio ao pagamento da dívida de R\$ 6.000,00 (seis mil reais) e a entrega da madeira necessária para a construção mencionada.

Foi deferido o benefício da justiça gratuita aos requerentes e determinado o apensamento dos autos aos da Ação de Inventário n. 057.06.002318-6.

Citado, o espólio de Antônio Hass, representado pela inventariante Juliane Hass Schiller, apresentou resposta, na forma de contestação, na qual alegou, em preliminar, a carência da ação, uma vez que a cobrança de título executivo somente pode se dar pela via executiva. Ainda, em preliminar, sustentou a litispendência com a Ação de Execução n. 057.06.001538-8 e a inépcia da inicial.

No mérito, afirmou que o acordo supostamente formalizado com o falecido, anexado às fls. 22-23, não possui validade jurídica, tendo em vista

que a legislação vigente exige o reconhecimento de firma ou a assinatura de duas testemunhas.

Asseverou que as notas promissórias apresentadas pelos requerentes foram emitidas em data posterior à do falecimento de Antônio Hass, ocorrido no dia 9-10-2006.

Salientou, ao final, que pelo termo de acordo extrajudicial, formalizado no dia 31-3-2006, o *de cujus* somente teria manifestado sua disposição de pagar certa quantia a terceira pessoa, mas não aos ora requerentes.

Apresentada réplica à contestação, sobreveio sentença, na qual a Magistrada *a quo* Dra. Viviana Gazaniga, resolveu a lide nos seguintes termos:

Ante o exposto, acolho a prefacial de carência da ação e extingo o processo sem julgamento do mérito, com fulcro nas disposições do art. 267, VI (ausência de interesse de agir) do Código de Processo Civil.

Condeno o autor ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em R\$ 300,00 (trezentos reais), nos termos do art. 20, § 4º, do CPC, condenações estas suspensas em razão da concessão do benefício da justiça gratuita (fl. 73).

Inconformados, os requerentes interpuseram recurso de apelação, no qual esclareceram que ingressaram com pedido de cobrança de dívida contra o espólio pelo rito próprio estabelecido nos artigos 1.017 e seguintes do Código de Processo Civil e reiteraram os fatos e fundamentos trazidos na inicial.

Com as contrarrazões, ascenderam os autos a esta Corte.

VOTO

Trata-se de apelação cível interposta por Ivone Castanheira Lichtenfels e Lauro Lichtenfels com o desiderato de ver reformada a sentença que extinguiu, sem apreciação do mérito, o pedido de cobrança de dívida

ajuizado contra o Espólio de Antônio Hass, ao fundamento da falta de interesse de agir por inadequação da via escolhida.

É certo que, para a propositura da ação, é pressuposto essencial que a parte tenha interesse. *“A condição da ação consistente no interesse processual se compõe de dois aspectos, ligados entre si, que se podem traduzir no binômio necessidade-utilidade”* (WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso avançado de processo civil*. 4. ed. Revista dos Tribunais. p. 140).

Após, o insigne doutrinador esclarece no que consiste esse binômio:

O interesse processual está presente sempre que a parte tenha a necessidade de exercer o direito de ação (e, conseqüentemente, instaurar o processo) para alcançar o resultado que pretende, relativamente à sua pretensão e, ainda mais, sempre que aquilo que se pede no processo (pedido) seja útil sob o aspecto prático (op. cit. p. 140).

A respeito, Vicente Greco Filho salienta:

O interesse processual é, portanto, a necessidade de se recorrer ao Judiciário para a obtenção do resultado pretendido, independentemente da legitimidade ou legalidade da pretensão. Para verificar-se se o autor tem interesse processual para a ação deve-se responder afirmativamente à seguinte indagação: para obter o que pretende o autor necessita da providência jurisdicional pleiteada?

Não se indaga, pois, ainda, se o pedido é legítimo ou ilegítimo, se é moral ou imoral. Basta que seja necessário, isto é, que o Autor não possa obter o mesmo resultado por outro meio extraprocessual. Faltarão o interesse processual se a via jurisdicional não for indispensável, como, por exemplo, se o mesmo resultado puder ser alcançado por meio de um negócio jurídico sem a participação do Judiciário (*Direito processual civil brasileiro*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, 1º volume. p. 80-81).

Dessa feita, *“existe interesse processual quando a parte tem necessidade de ir a juízo para alcançar a tutela pretendida e, ainda, quando essa tutela jurisdicional pode trazer-lhe alguma utilidade do ponto de vista prático”*

(NERY JÚNIOR, Nelson. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 504).

Analisando a pretensão dos apelantes, verifica-se que, apesar de terem nominado a ação como “pedido de cobrança de dívida”, pretendem eles a habilitação do crédito devido pelo autor da herança nos autos de inventário. Crédito esse, representado pelo acordo de fls. 22-23, homologado em juízo na Ação de Execução n. 057.06.001538-8.

Funda-se o pedido no art. 1.017 do Código de Processo Civil que dispõe: “*Antes da partilha, poderão os credores do espólio requerer ao juízo do inventário o pagamento das dívidas vencidas e exigíveis*”.

Acerca do tema, Nelson Nery Junior afirma:

Porque a herança responde pelo pagamento das dívidas do falecido (CC 1997; CC/1916 1796), podem os credores do espólio requerer o pagamento delas, perante o juízo do inventário, desde que sejam vencidas e exigíveis (*op. cit.* p. 1211).

Ao examinar o pedido, entendeu a Magistrada sentenciante que se tratava de ação de cobrança do acordo homologado judicialmente, e que não haveria interesse de agir, na medida em que a satisfação do título executivo judicial deveria dar-se por meio de ação de execução.

O pedido de pagamento de dívida perante o juízo do inventário é o meio pelo qual o credor do espólio poderá receber seu crédito sem a necessidade de ajuizar ação própria.

De fato, o acordo extrajudicial homologado no curso de ação pendente – sentença homologatória, é título executivo judicial (art. 475-N, III, CPC), porém faculta-se ao credor buscar o adimplemento do título por meio da ação de execução ou pelo pedido de pagamento de dívida formulado nos autos do inventário, razão pela qual entendo que deve ser refutada a ausência de interesse processual, por inadequação do meio.

Diante desse contexto, é medida de rigor dar provimento ao apelo para afastar a carência da ação e cassar a sentença objurgada.

Equacionada a questão da extinção, e estando a causa apta a ser julgada, passa-se ao exame do mérito, conforme dispõe o artigo 515, § 3º, do Código de Processo Civil.

Retira-se dos autos que os autores e Antônio Hess firmaram o Acordo Extrajudicial n. 025/2006, em 31-3-2006, que foi homologado judicialmente, nos seguintes termos:

O Reclamado compromete-se em quitar a casa, atualmente ocupada pelo Sr. Lauro e de propriedade do Sr. Odaír Augusto Scwabe e seus irmão [...]. Compromete-se, portanto, o Sr. Antônio Hess, a apagar até o dia 16/05/2006 a quantia de R\$ 12.000,00 (doze mil reais) aos proprietários da casa (Livro n. 56, Folha n. 186 – Cartório Brüggemann), juntamente com o Sr. Lauro e sua esposa. Onde neste ato, a propriedade da dita residência será transferida para o casal que ora designam-se por Reclamantes (fl. 14).

Posteriormente, realizaram nova transação extrajudicial, igualmente homologada em juízo, pela qual ficou firmado:

Após ter o Reclamado se comprometido diante do Acordo Extrajudicial n. 025/2006, homologado diante deste juízo e cadastrado sob o processo de n. 057.06.000625-7. Este solicitou um prazo um pouco maior, ou seja, 10 (dez) dias para o cumprimento da obrigação inicial, compromete-se também, a partir deste momento a efetuar os pagamentos correspondentes a transferência do respectivo imóvel, objeto da lide ora discutida e já homologada sob acordo anterior. Fixa-se, portanto, conforme anuência da parte Reclamante, a data de 26/05/2006, para o cumprimento total da obrigação (fl. 16).

Não obstante a formalização dos dois acordos extrajudiciais, Antônio Hass permaneceu inerte. Por essa razão, em 4-8-2006, os requerentes ajuizaram a Ação de Execução n. 057.06.001538-8, no Juizado Especial Cível da comarca de Santo Amaro da Imperatriz.

No dia 1º de outubro de 2006, o falecido compareceu ao escritório da representante dos requerentes e com eles formalizou nova transação, nos seguintes termos:

O executado diante do débito contraído com os exequentes propõe o seguinte acordo, o que foi aceito pelos exequentes, pagamento da quantia total de R\$ 6.000,00 (seis mil reais), em 6 (seis) parcelas de R\$ 1.000,00 (mil reais), a primeira com vencimento em 2 de novembro de 2006 e a última com vencimento em 2 abril de 2007, bem como, a entrega de madeiras para a construção de um bar de 5 (cinco) metros quadrados por 3 (três) metros quadrados, em benefício dos exequentes (fl. 22).

Importante destacar, que o referido acordo foi devidamente homologado nos autos da Ação de Execução n. 057.06.001538-8, a qual, por consequência, foi extinta, conforme atestam os documentos de fls. 66-68.

Ocorre que no dia 9-10-2006 Antônio Hass faleceu, o que deu azo ao ajuizamento do presente pedido de cobrança de dívida.

Citado, o Espólio de Antônio Hass contestou o pedido sustentando a carência da ação, por inadequação do rito escolhido; a litispendência; e a inépcia da inicial; e, no mérito, que o acordo de fls. 22-23 está em desconformidade com a legislação vigente, pois exige-se o reconhecimento de firma ou a assinatura de duas testemunhas; que são nulas as notas promissórias que acompanham a exordial, que teriam sido emitidas após o falecimento de Antônio Hass; e que, pelo acordo extrajudicial de fl. 14, Antônio Hass apenas teria manifestado sua disposição de pagar certa quantia a terceira pessoa (Odair Augusto Scwabe), e não aos requerentes.

Da narrativa anterior, conclui-se que são totalmente desprovidas de fundamento as alegações trazidas pelo espólio requerido.

Com efeito, não se verifica a litispendência desta ação com a Ação de Execução n. 057.06.001538-8, porquanto neste pedido se busca o

adimplemento do acordo extrajudicial homologado justamente nos autos da execução, assim não há falar que as ações são idênticas, tampouco que houve a repetição de ação idêntica que se encontra em curso, requisito necessário para a caracterização do mencionado instituto.

Em relação à inépcia da inicial, melhor sorte não socorre o requerido. Considera-se inepta a inicial que não estiver apta a ser processada, seja porque da narrativa fática não resulte logicamente o pedido, seja porque lhe falte qualquer dos requisitos formais do artigo 295, parágrafo único, do Código de Processo Civil, o que não se verifica na hipótese, porquanto a exordial fornece adequadamente os elementos fáticos e jurídicos para a devida prestação jurisdicional.

Outrossim, as alegações relativas ao mérito da *quaestio* se mostram infundadas, na medida em que o pedido de cobrança de dívida se baseia em título executivo judicial, qual seja, acordo devidamente homologado nos autos da Ação de Execução n. 057.06.001538-8 (sentença homologatória).

Diante disso, forçoso concluir que eventual discussão acerca da sentença homologatória somente poderia comportar as matérias elencadas no art. 475-L do Código de Ritos, são elas: I – falta ou nulidade da citação, se o processo ocorreu à revelia; II – inexigibilidade do título; III – penhora incorreta ou avaliação errônea; IV – ilegitimidade das partes; V – excesso de execução; VI – qualquer causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que superveniente à sentença.

O conteúdo da transação livremente firmada entre os requerentes e Antônio Hass, homologada no curso da ação de execução, denota claramente que o *de cujus* obrigou-se a pagar aos requerentes a quantia de R\$ 6.000,00 (seis mil reais) e a entregar a madeira necessária para a construção de um “bar” de cinco por três metros quadrados, não comportando discussão acerca de seu conteúdo, como quer o espólio demandado.

Diante desse contexto, embora o art. 1.018 do Código de Processo Civil determine que “não havendo concordância de todas as partes sobre o pedido de pagamento feito pelo credor, será ele remetido para os meios ordinários”, não se mostra razoável encaminhar o presente pedido para vias ordinárias, *in casu*, a execução para cumprimento da sentença, porquanto se trata de dívida representada por título executivo judicial que não comporta discussão acerca de seu conteúdo.

Tal posicionamento foi adotado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em caso similar ao presente:

EMBARGOS INFRINGENTES. INVENTÁRIO. HABILITAÇÃO DE CRÉDITO. DISCORDÂNCIA DOS HERDEIROS. CRÉDITO FUNDADO EM TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL. O PEDIDO DE PAGAMENTO DE DÍVIDA FORMULADO JUNTO AOS AUTOS DE INVENTÁRIO CONSTITUI FORMA DE COBRANÇA ADMINISTRATIVA, POSSIBILITANDO AO CREDOR A SATISFAÇÃO AMIGÁVEL DO SEU CRÉDITO, SEM QUE NECESSITE AJUIZAR AÇÃO PRÓPRIA PARA TAL FIM. **NA HIPÓTESE DOS AUTOS, A DÍVIDA É FUNDADA EM TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL, REVESTIDO DE LIQUIDEZ, CERTEZA E EXIGIBILIDADE. NÃO HÁ, PORTANTO, RAZÃO QUE JUSTIFIQUE IMPOR AO CREDOR O AJUIZAMENTO DE OUTRA DEMANDA PARA BUSCAR A SATISFAÇÃO DE SEU CRÉDITO, OU TÍTULO QUE JÁ POSSUI, QUANDO, ALÉM DISSO, É CRISTALINO NOS AUTOS QUE A IMPUGNAÇÃO DOS HERDEIROS MOSTRA-SE INFUNDADA, DEMONSTRANDO MERA RECALCITRÂNCIA EM PAGAR A DÍVIDA. NÃO SE PODE OLVIDAR, OUTROSIM, QUE O AJUIZAMENTO DE OUTRA AÇÃO POR PARTE DO CREDOR ACARRETARIA EM PREJUÍZO AO PRÓPRIO ESPÓLIO, QUE FICARIA AINDA MAIS ONERADO COM O PAGAMENTO DOS ENCARGOS SUCUMBENCIAIS DECORRENTES DAQUELA AÇÃO. HAVENDO PROVA SUFICIENTE DA OBRIGAÇÃO, CONSTITUÍDA EM TÍTULO LÍQUIDO, CERTO E ÉXIGÍVEL, IMPÕE-SE A PROCEDÊNCIA DA HABILITAÇÃO DE CRÉDITO. EM-**

BARGOS INFRINGENTES PROVIDOS (EI n.70020201950, Quarto Grupo de Câmaras Cíveis, rel. Des. Ricardo Raupp Ruschel, j. em 14-9-2007, grifei).

E, ainda:

APELAÇÃO. INVENTÁRIO. HABILITAÇÃO DE CRÉDITO. ESCRITURA PÚBLICA DE CONFISSÃO DE DÍVIDA. QUITAÇÃO NÃO DEMONSTRADA.

A escritura pública de confissão de dívida é título executivo extrajudicial. Inteligência do artigo 585, II, do Código de Processo Civil. E o credor que tem título executivo não precisa buscar via ordinária e deve ser declarado habilitado. Precedentes jurisprudenciais (TJRS, Ap. Cív. n. 70030958003, Oitava Câmara Cível, rel. Des. Rui Portanova, j. em 5-11-2009).

Ademais, a solução apresentada se coaduna com os princípios da celeridade, economia e instrumentalidade das formas, os quais norteiam o processo civil moderno.

Ante o exposto, é medida de rigor julgar procedente o pedido de cobrança de dívida.

DECISÃO

Nos termos do voto do Relator, dá-se provimento ao apelo para o fim de cassar a sentença de fls. 72-73 e, aplicando-se o disposto no art. 515, § 3º, do Código de Processo Civil, afastar as preliminares de litispendência e inépcia da inicial e julgar procedente o pedido de cobrança de dívida ajuizado por Ivone Castanheira Lichtenfels e Lauro Lichtenfels contra o espólio de Antônio Hass nos autos n. 057.07.000476-1, para o fim de declarar os requerentes habilitados no inventário de Antônio Hass e reservar numerário ou bens suficientes ao pagamento do crédito representado pela transação homologada na Ação de Execução n. 057.06.001538-8. Condena-se, por fim, o espólio a pagar custas processuais e honorários

advocatícios ao patrono da parte vencedora, estes que fixo em R\$ 1.000,00 (mil reais), a teor do art. 20, § 4º, CPC.

Participaram do julgamento, realizado no dia 1º de março de 2011, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Marcus Tulio Sartorato e Maria do Rocio Luz Santa Ritta.

Florianópolis, 9 de março de 2011.

Fernando Carioni
PRESIDENTE E RELATOR

Apelação Cível n. 2010.087497-0, de Balneário Camboriú

Relator: Des. Fernando Carioni

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA SECURITÁRIA COMPLEMENTAR. MORTE EM NAUFRÁGIO. SEGURO OBRIGATÓRIO DE DANOS PESSOAIS CAUSADOS POR EMBARCAÇÕES OU SUAS CARGAS (DPEM). SEGURO OBRIGATÓRIO. LEGISLAÇÃO PRÓPRIA. RESPONSABILIDADE PELO PAGAMENTO INDENIZATÓRIO. SEGURADOR DA EMBARCAÇÃO. ART. 9º DA LEI 8.374/1991. ILEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM* RECONHECIDA. EXTINÇÃO DA AÇÃO SEM ANÁLISE DE MÉRITO. RECURSO PROVIDO.

As ações de cobrança de seguro obrigatório envolvendo embarcações serão regidas pela Lei n. 8.374/1991, no que torna inaplicável a Lei n. 6.194/1974 em vista da sua especialidade.

É parte legítima para figurar no polo passivo de ação objetivando cobrança de indenização de seguro obrigatório de danos pessoais ocorridos em embarcações, o segurador da embarcação em que a pessoa vitimada era transportada.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2010.087497-0, da comarca de Balneário Camboriú (2ª Vara Cível), em que é apelante Seguradora Líder dos Consórcios do Seguro DPVAT S.A., e apelada Doralice de Freitas:

ACORDAM, em Terceira Câmara de Direito Civil, por votação unânime, dar provimento ao recurso. Custas legais.

RELATÓRIO

Doralice de Freitas ajuizou ação ordinária de cobrança securitária complementar contra Seguradora Líder dos Consórcios DPVAT S.A., na

qual relatou que era casada com Valmir de Freitas, que faleceu no dia 5-6-2006 em decorrência de acidente marítimo.

Aduziu que em vista do sinistro formulou pedido de indenização com fundamento na alínea “b” do art. 3º da Lei n. 6.194/1974. Acrescentou que recebeu a indenização de R\$ 10.300,00 (dez mil e trezentos reais) no dia 2-7-2007.

Afirmou que a indenização foi fixada em valor muito aquém do realmente devido, pois a Lei n. 6.194/1974 determina que a indenização por morte corresponderá a 40 (quarenta) salários mínimos vigentes na data da liquidação do sinistro.

Requeru, a par desses fatos, a complementação da indenização no valor atualizado de R\$ 5.577,74 (cinco mil quinhentos e setenta e sete reais e setenta e quatro centavos).

Foi deferido à autora o benefício da justiça gratuita (fl. 23).

Citada, Seguradora Líder dos Consórcios DPVAT S.A. ofereceu contestação, na qual aduziu, em preliminar, sua ilegitimidade passiva, uma vez que o acidente em tela envolveu uma embarcação, ao passo que o seguro DPVAT abrange somente os sinistros que envolvam veículos automotores de vias terrestres.

No mérito, rebateu as teses e os pedidos formulados pela autora.

Houve réplica.

Apreciando o feito, o Magistrado *a quo*, Dr. Marcelo Trevisan Tambosi, resolveu a lide nos seguintes termos:

Em face do exposto, JULGO PROCEDENTES os pedidos formulados por Doralice de Freitas, para o fim de CONDENAR a ré Seguradora Líder dos Consórcios do Seguro DPVAT S/A ao pagamento de R\$ 3.700,00 (três mil e setecentos reais), acrescido de correção monetária a partir de 01/02/2007, e juros de mora de

1% (um por cento) ao mês a partir de 06/07/2009, como complementação do seguro DPEM devido à parte autora por conta do acidente noticiado na inicial.

Condeno a ré ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes arbitrados em 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação, considerando a natureza da causa e o tempo despendido até a prolação desta decisão (fl. 67).

Inconformada, a Seguradora Líder dos Consórcios DPVAT S.A. interpôs apelação cível, na qual se limitou a sustentar a ilegitimidade passiva *ad causam*, já que o acidente descrito na inicial envolve uma embarcação, e não um veículo automotor terrestre.

Esclareceu que a parte deveria ter acionado a seguradora emitente do bilhete do seguro DPEM – Seguro Obrigatório de Danos Pessoais Causados por Embarcações ou suas Cargas, conforme determina a Lei n. 8.374/1991, aplicável à hipótese.

Com as contrarrazões, ascenderam os autos a esta Corte.

VOTO

De início, cumpre esclarecer que o Decreto-Lei n. 73/1966, que dispõe sobre o Sistema Nacional de Seguros Privados, estabelece em seu art. 20, alínea “I”, que são obrigatórios os seguros de danos a pessoais causados a pessoas transportadas ou não por veículos automotores de vias terrestres e por embarcações, ou por sua carga.

Apesar de estarem previstos no mesmo dispositivo, o seguro obrigatório de danos pessoais causados por veículos automotores de via terrestre – DPVAT, regulado pela Lei n. 6.194/1974, é diverso do seguro obrigatório de danos pessoais causados por embarcações ou suas cargas – DPEM, o qual é regido pela Lei n. 8.374/1991.

A esse respeito, estabelece o art. 2º da Lei n. 8.374/1991 que “*o seguro de danos pessoais causados por embarcações ou por sua carga, previsto na alínea I do art. 20 do Decreto-Lei n. 73, de 21 de novembro de 1966, com a redação que lhe deu o artigo anterior, se regerá pelas disposições desta lei*”. Ao passo que o art. 3º da mesma lei determina que “*o seguro referido no artigo anterior tem por finalidade dar cobertura a pessoas transportadas ou não, inclusive aos proprietários, tripulantes e/ou condutores das embarcações, e a seus respectivos beneficiários ou dependentes, esteja ou não a embarcação operando*”.

Retira-se dos autos que o esposo da apelada faleceu no naufrágio da embarcação “Pescadeiro I”, ocorrido no dia 5-6-2006. Em decorrência do acidente, a recorrida recebeu da Porto Seguro Cia. de Seguros Gerais a importância de R\$ 10.300,00 (dez mil e trezentos reais), a título de indenização pelo seguro obrigatório de danos pessoais causados por embarcações ou por suas cargas – DPEM (fl. 18).

Insatisfeita com o montante recebido, e entendendo ter direito à indenização no valor de 40 (quarenta) salários mínimos, prevista no art. 3º da Lei n. 6.194/1974, ajuizou ela a presente demanda contra a Seguradora Líder dos Consórcios do Seguro DPVAT S.A.

Todavia, como visto anteriormente, o seguro obrigatório de danos pessoais causados por embarcações – DPEM possui legislação própria, e a ele não se aplicam as disposições da Lei n. 6.194/1974, que dispõe acerca do seguro obrigatório de danos pessoais causados por veículos automotores de via terrestre – DPVAT.

Sendo assim, deveria a autora pleitear a complementação do montante contra a sociedade seguradora que emitiu o bilhete de seguro obrigatório (DPEM) da embarcação em que a vítima era transportada, *in casu*, a Porto Seguro Cia. de Seguros Gerais (fl. 14), nos exatos termos dos arts. 8º e 9º da Lei n. 8.374/1991. Vejamos:

Art. 8º O direito à indenização relativa ao seguro referido no art. 2º desta lei decorre da simples prova do acidente e do dano, independentemente da existência de culpa.

§ 1º A indenização referida neste artigo será paga no prazo de quinze dias, a contar da data da entrega dos documentos a serem indicados pelo CNSP, à sociedade seguradora, contra recibo que o especificará.

[...]

Art. 9º No caso de ocorrência de acidente do qual participem duas ou mais embarcações, a indenização será paga pelo segurador da embarcação em que a pessoa vitimada era transportada.

§ 1º Resultando de acidente referido neste artigo vítimas não transportadas, ou não sendo possível identificar em qual embarcação a pessoa vitimada era transportada, as indenizações a elas correspondentes serão pagas, em partes iguais, pelos seguradores das embarcações envolvidas.

§ 2º Havendo embarcações não identificadas e identificadas, a indenização será paga pelos seguradores destas últimas.

Nesse sentido, colhe-se precedente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

EXTINCAO DO PROCESSO DANO PESSOAL EXTINÇÃO DO PROCESSO.

Indenização decorrente de seguro obrigatório de danos pessoais causados por embarcações ou por suas cargas. Pretensão ao julgamento da ação pelo seu mérito. Descolhimento. Hipótese que a embarcação objeto da demanda é perfeitamente identificável, o que exclui a responsabilidade solidária das seguradoras que operam no ramo do DPPEM [...] Ilegitimidade da requerida para figurar no pólo passivo da ação. Recurso não provido (TACSP 1, Proc. 1199094-8, Oitava Câmara, rel. Des. Carlos Alberto Bondioli, j. em 11-2-2004).

Diante desse contexto, é forçoso reconhecer a ilegitimidade da Seguradora Líder dos Consórcios do Seguro DPVAT S.A. para figurar no polo passivo da ação, devendo a apelada buscar a possível complementação da indenização com a companhia seguradora que contratou o seguro

obrigatório da embarcação e, por consequência, efetuou o pagamento da indenização na esfera administrativa.

É cediço que para a propositura ou para a contestação de qualquer ação é pressuposto essencial que a parte tenha legitimidade, ou seja, essa condição deve estar presente na relação de direito material que teria sido violada em razão da inobservância do direito positivo, fazendo surgir o conflito de interesses a ser dirimido pelo Judiciário.

Sobre o tema, Humberto Theodoro Junior conceitua: *“Legitimados ao processo são os sujeitos da lide, isto é, os titulares dos interesses em conflito. A legitimação ativa caberá ao titular do interesse afirmado na pretensão, e a passiva ao titular do interesse que se opõe ou resiste à pretensão”* (Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento, revista e atualizada. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 1 . p. 57).

Já no entendimento de Celso Agrícola Barbi, *“a legitimidade é o segundo requisito exigido pelo art. 3º para que o autor possa propor ação, e para que o réu possa contestá-la. É usualmente denominada legitimação para a causa, ou legitimatio ad causam. Significa ela que só o titular de um direito pode discuti-lo em juízo e que a outra parte na demanda deve ser o outro sujeito do mesmo direito. Ou, na precisa definição de Chiovenda: ‘é a identidade da pessoa do autor com a pessoa favorecida pela lei, e a da pessoa do réu com a pessoa obrigada’”* (Comentários ao Código de Processo Civil. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. v. 1. p. 32).

Diante desse contexto, fica caracterizada a ilegitimidade passiva *ad causam*, razão pela qual se acolhe a preliminar suscitada pela apelante.

DECISÃO

Nos termos do voto do Relator, dá-se provimento ao apelo para reconhecer a ilegitimidade passiva *ad causam* da Seguradora Líder dos

Consórcios do Seguro DPVAT S.A. e, por conseguinte, extinguir o processo sem análise do mérito, nos termos do artigo 267, VI, do Código de Processo Civil. Condena-se a autora a pagar as custas processuais e os honorários advocatícios, estes fixados em R\$ 1.000,00 (mil reais), com base no artigo 20, § 4º, do Código de Ritos, ressalvado o disposto no artigo 12 da Lei n. 1.060/1950.

Participaram do julgamento, realizado no dia 25 de janeiro de 2011, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Marcus Tulio Sartorato e Maria do Rocio Luz Santa Ritta.

Florianópolis, 3 de fevereiro de 2011.

Fernando Carioni
PRESIDENTE E RELATOR

Apelação Cível n. 2008.007621-6, da Capital

Relatora: Des. Maria do Rocio Luz Santa Ritta

ACÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. CERCEAMENTO DE DEFESA. JUNTADA DE DOCUMENTOS NOVOS. ART. 398 DO CPC. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DOS RÉUS PARA MANIFESTAÇÃO. NULIDADE RELATIVA. ATAQUE AO DEFEITO FORMAL DESPROVIDO DE ARGUMENTAÇÃO MINIMAMENTE RAZOÁVEL. PREJUÍZO ABSORTO. VÍCIO REFUTADO. OUTROSSIM, DESNECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA PARA OITIVA DE TESTEMUNHAS. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE ESCORREITO.

A violação ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LV), associada ao descumprimento do art. 398 do CPC, pressupõe prejuízo concreto à parte que não foi intimada acerca da juntada dos documentos novos. Está ínsito em tal conceito tenha a documentação fundamentado capítulo da sentença, mas não apenas isso. Espera-se da parte, em sede recursal, traga fundamentos minimamente convincentes acerca da possibilidade de ter influenciado a sentença mediante exercício tempestivo da faculdade de manifestação. Não sendo esse o caso, porquanto muito frágeis as teses expostas para desconstituir as provas da filiação do autor, neto do ofendido morto, refuta-se sumariamente a tese de nulidade.

Outrossim, inexistente cerceio de defesa se a avaliação do direito demanda apenas a leitura de obra literária, confrontada à documentação juntada aos autos, sem necessidade alguma de colheita de prova testemunhal em audiência.

INÉPCIA DA INICIAL. ART. 295, I, DO CPC. CAUSA DE PEDIR REMOTA. DESCRIÇÃO SUFICIENTE DOS FATOS. RESPONSABILIDADE DOS ESCRITORES ALICERÇADA NAS

PALAVRAS USADAS NO LIVRO, E DA EDITORA TENDO POR BASE A PUBLICAÇÃO DO CONTEÚDO OFENSIVO. PREFACIAL REFUTADA.

Se o descritivo dos fatos permite extrair intelecção segundo a qual a responsabilidade dos réus escritores liga-se às palavras que empregaram na sua obra literária, e a da editora à própria publicação do livro, não há falar em inépcia da inicial, tampouco, melhor dizendo a esta altura, ilegitimidade passiva de qualquer um dos acionados.

MÉRITO. LIVRO SOBRE A VIDA DO PINTOR FLORIANOPOLITANO EDUARDO DIAS. ENREDO PASSADO NA PRIMEIRA METADE DO SÉCULO XX. INTENÇÃO DE RELATAR SUPOSTO DESCRÉDITO CONFERIDO PELA SOCIEDADE ILHOA À OBRA. DIÁLOGO FICCIONAL, MAS NO QUAL SE INCLUIU PESSOA REAL CONTEMPORÂNEA. REFERÊNCIAS NEGATIVAS AO ARTISTA GALDINO GUTTMANN BICHO. INJÚRIA E DIFAMAÇÃO. LIBERDADE DE EXPRESSÃO EXACERBADA. AFRONTA À IMAGEM. COLISÃO ENTRE DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS (INCISOS IX E X DO ART. 5º) QUE SE RESOLVE COM A PREFERÊNCIA AO SEGUNDO NO CASO EM QUESTÃO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS DEVIDA AO HERDEIRO DO OFENDIDO.

A liberdade de imprensa em todos os seus aspectos, inclusive mediante a vedação de censura prévia, deve ser exercida com a necessária responsabilidade que se exige em um Estado Democrático de Direito, de modo que o desvirtuamento da mesma para o cometimento de fatos ilícitos, civil ou penalmente, possibilitará aos prejudicados plena e integral indenização pelos danos materiais e morais, além do efetivo direito de resposta (MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 52).

Nesse contexto, inaceitável a elaboração de obra dramática que transcorre na primeira metade do século XX, na qual se criam fatos fictícios, mas se inserem personagens reais da época, retratada a figura do pintor Galdino Guttmann Bicho de maneira depreciativa, mediante difamação e injúria, com destaque a palavras de baixo calão. Não há arrojo na técnica de redação, tampouco margem para interpretação do texto; há apenas violação à memória da pessoa falecida, o que enseja reparação pecuniária ao seu neto, dada a mágoa que o registro causa à família, o nítido dano moral.

QUANTUM REPARATÓRIO. CRITÉRIOS DE FIXAÇÃO. GRAU DE CULPABILIDADE DOS AGENTES E REPERCUSSÃO DO DANO. CONDIÇÃO ECONÔMICA DAS PARTES. CARÁTER SANCIONATÓRIO. QUINZE MIL REAIS. QUANTIA ESCORREITA NA HIPÓTESE. REDUÇÃO IMPERTINENTE.

O valor do ressarcimento por danos morais tem de levar em conta o grau de culpabilidade dos agentes, grave no caso, a repercussão do dano, a condição econômica das partes, e o caráter repressivo da sanção. Contexto no qual a quantia de quinze mil reais não comporta redução.

OBRIGAÇÃO DE FAZER. SUPRESSÃO DOS TERMOS OFENSIVOS NA OBRA ARTÍSTICA. MULTA. ART. 461, § 5º, DO CPC. VALOR ESTIPULADO NO JUÍZO A QUO SUFICIENTE PARA CUMPRIR A FUNÇÃO INIBITÓRIA. ADEMAIS, POSSIBILIDADE DE REDUÇÃO SUPERVENIENTE DA VERBA, ACASO TORNADA EXCESSIVA A MONTA.

O valor da multa prevista para a obrigação de fazer (art. 461, § 5º, do CPC) *deve ser significativamente alto, justamente porque tem natureza inibitória. O juiz não deve ficar com receio de fixar o valor em quantia alta, pensando em pagamento. O objetivo das astreintes*

não é obrigar o réu a pagar o valor da multa, mas obrigá-lo a cumprir a obrigação na forma específica (NERY JUNIOR, Nelson. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p 588)

HONORÁRIOS. LIDE COMPLEXA E COM TEMPO RAZOÁVEL DE DURAÇÃO. ART. 20, § 3º, DO CPC. DIMINUIÇÃO DA VERBA AO PISO DE 10% INVIÁVEL. RECURSO DESPROVIDO.

Expressa nos autos matéria complexa, que demanda a exposição de teses peculiares sobre violação à imagem, mormente profunda abordagem da obra literária, a minoração dos honorários ao mínimo legal desprestigia o trabalho intelectual do advogado, e não se adequa às balizas do art. 20, § 3º, do CPC.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2008.007621-6, da comarca da Capital (1ª Vara Cível), em que são apelantes Francisco José Pereira e outros e apelado Galdino Guttmann Bicho:

ACORDAM, em Terceira Câmara de Direito Civil, por unanimidade, negar provimento ao recurso. Custas legais.

RELATÓRIO

Trata-se de ação de indenização por danos morais ajuizada por Galdino Guttmann Bicho contra Francisco José Pereira, Amílcar Neves e Editora Garapuvu Ltda..

Relata o autor que é neto do homônimo Galdino Guttmann Bicho, cuja honra diz ter sido denegrida no livro *O tempo de Eduardo Dias – Trágédia em quatro tempos*, escrito e publicado pelos réus. Disse que seu avô foi incluído como personagem na obra, mas reiteradamente mencionado

de maneira desrespeitosa. Acrescentou que a idade e a época em que seu ascendente viveu em Florianópolis foram deturpadas, e que os réus nem sequer citaram as fontes das irreais informações veiculadas. Aduziu, ainda, que o texto não é de ficção, e que a conduta dos réus lhe causou abalo moral. Requereu a procedência do pedido inicial para condenação dos réus a: a) pagamento de indenização por danos morais; b) retificação e/ou supressão dos trechos ofensivos à memória de seu avô, com pedido de desculpas.

Citados, os réus apresentaram contestação. Preliminarmente arguíram a ilegitimidade ativa, dizendo que o autor não comprovou seu parentesco de descendência direta com o *de cuius* Galdino Guttmann Bicho. Após, articularam a tese de ilegitimidade passiva da Editora Garapuvu, a quem o autor não teria atribuído de maneira objetiva nada capaz de justificar a demanda. No mérito, argumentaram que o livro é essencialmente de ficção, mas que, mesmo assim, nas partes em que é mencionado o nome do avô do autor, sustenta-se o texto em relatos verídicos. E tudo sem ofensas, destacando que teria ocorrido, ainda, má interpretação da obra. Asseveraram, finalmente, que têm o direito de escrever sem censura, e pugnaram pela improcedência do pedido inicial.

Houve impugnação à defesa.

Regularmente processado o feito, sobreveio sentença de procedência do pedido inicial. Após rejeitar as preliminares, o MM. Juiz entendeu que as menções feitas no livro ao nome do progenitor do autor extrapolaram a liberdade de expressão e macularam a sua imagem a ponto de causar desgosto e aflição ao neto, a quem cabe indenização no valor de R\$ 15.000,00. Imputou aos réus, ainda, as custas e honorários, fixados em 20% da condenação.

Irresignados, os acionados interpuseram recurso de apelação. Primeiramente, aduziram a nulidade da sentença por afronta ao art. 5º, LV, da CF, e art. 398 do CPC, tendo em vista que não foram intimados para

se manifestar acerca de papéis juntados com a impugnação à defesa, e relacionados à prova de filiação do demandante. Insistem, ademais, que os ditos documentos - cópia da carteira de identidade do autor e certidão de nascimento do seu pai - não demonstram a propalada condição de descendência do acionante, o que fixa a ilegitimidade ativa. Agregam ao cerceio de defesa, outrossim, o argumento de que era necessária a instrução para colheita de prova testemunhal, por eles tida como essencial a fim de definir se a redação do livro desvirtua a livre expressão. Linhas após, apontam inépcia da inicial relacionada ao fato de que não teria sido bem descrita a sustentação ao pedido dirigido em face da Editora Garapuvu. No mérito, repisam os argumentos expendidos na sua contestação, clamando pela improcedência do pedido inicial. Sucessivamente, mantida a decisão, propugnam pela redução do valor da indenização por danos morais, bem como da multa diária fixada para a obrigação de correção dos textos ditos ofensivos. Em arremate, pretendem a redução da verba honorária.

Após as contrarrazões, ascenderam os autos a esta Corte.

VOTO

Inicialmente rejeita-se a tese de cerceio de defesa, pois os dois aspectos invocados pelos réus a fim de alicerçá-la não possuem a força propugnada para consagrar tamanha nulidade.

Alertam os recorrentes que apenas em impugnação à contestação o autor trouxe a papelada tendente a demonstrar sua necessária relação de parentesco com o finado Galdino Guttmann Bicho, e que disso não adveio qualquer intimação sua para manifestação específica, senão diretamente a sentença. Situam a partir daí afronta ao art. 398 do CPC, o qual reza que *sempre que uma das partes requerer a juntada de documento aos autos, o juiz ouvirá, a seu respeito, a outra, no prazo de 5 (cinco) dias*. Entretanto, ao contrário do que aduzem com base em interpretação literal da lei, não

é sempre que advém violação certa ao contraditório e à ampla defesa, (art. 5º, LV), precisamente porque a falta de ciência deve acarretar prejuízo concreto à parte.

O defeito formal, melhor dizendo, representa típica nulidade relativa (parágrafo único do art. 250 do CPC), donde se exige de quem o alega a exposição de alguma consequência objetiva aos interesses particulares. Pressupõe-se, nesse contexto, que o documento tenha fundamentado capítulo da sentença, servindo de fonte preponderante de consulta sobre certa informação, não mero ornamento no processo (Cf. STJ, REsp n. 436.232/ES, Rel. Min. Luiz Fux, j.11.02.2003, TJSC, apelação cível n. 2008.041922-7, de Porto Belo, Rel. Des. Carlos Adilson Silva, j.9.6.2009). Espera-se do insurgente que traga questionamento calcado em tese consistente, ou seja, minimamente capaz de propiciar à Corte a reflexão de que o seu conhecimento prévio poderia modificar os rumos da sentença monocrática. Assim, não vale a mera impugnação genérica da papelada, tampouco a apresentação de munição frágil e desarrazoada, sumariamente descartável, esse o caso em análise, se não vejamos.

Extraí-se do arrazoado recursal que os réus não aceitam a carteira de identidade do autor e a certidão de nascimento do seu pai Jocelyn Guttmann Bicho (fls. 340/341) como prova da descendência em relação a Galdino Guttmann Bicho. Porém, sem alegar em momento algum a falsidade ideológica ou material dos papéis, apenas colocam que lhes causa estranheza o nome do avô colocado no registro cartorário paterno, porquanto expresso ali só Guttmann Bicho, sugestiva indicação, ao seu modo de ver, de ser outra pessoa.

Acrescentam a isso que o postulante, para ser de fato descendente direto de Galdino Guttmann Bicho, necessariamente deveria ostentar em seu nome alguma expressão similar a “neto”, indicativa da hereditariedade. Sobre o primeiro aspecto, todavia, há documentação robusta nos autos

dando conta de que o pintor ascendente adotou ao longo da sua vida o nome artístico Guttmann Bicho por sugestão do jornalista Carlos Maul, papelada essa, aliás, vinda com a inicial (fls. 161 e 165).

Por outro lado, quanto à inclusão do designativo neto ou algo parecido no nome do autor, não vai além do gosto pessoal dos demandados pretendê-la. Sobre o assunto é interessante dizer que o demandante nasceu em 19.9.1954, e que a Lei de Registros Públicos então vigente – Decreto n. 4.857/39 – em nenhum momento exigia que o neto homônimo ao avô ostentasse algum agnome de descendência na parte final do seu designativo. O quadro manteve-se com a Lei n. 6.015/73, de modo que até hoje a norma de regência não obriga a forma invocada pelos demandados.

Portanto, refutam-se facilmente todos os destaques lançados, inaptos a abalar, a olho nú, a presunção de fé pública dos documentos que associam o parentesco. E assim, num cenário de tamanha fragilidade, não se vê a menor possibilidade de anular a sentença para reabrir a discussão do tópico no juízo *a quo*.

Igualmente, percebe-se que não procede a tese de cerceio de defesa associada ao julgamento antecipado do feito, já que os réus apenas invocam a necessidade de oitiva de testemunhas.

Pedem a produção da prova oral, bem se nota, ao argumento de que *a comprovação de inexistência de ofensa à honra de Galdino Guttmann Bicho, ora Apelado, advém de uma correta interpretação da obra, principalmente no tocante a quem são dirigidas às (sic) falas dos personagens, pois o livro é redigido em forma de peça de teatro grego, ou seja, escrito sobre um único assunto, num só tempo – não superior a 24 horas - e lugar* (fl. 362). Entretanto, a própria exposição do argumento acima denuncia que a abordagem da matéria requer apenas a leitura do texto do livro, confrontando-se o conteúdo a documentos já presentes nos autos, e que falam da vida de Galdino Guttmann Bicho.

É prolixa, nesse ínterim, a pretensa oitiva de pessoas que tiveram envolvimento com a obra, pois o máximo que poderiam trazer seria a sua opinião, diga-se de passagem, pessoal, em relação ao teor literário, ou o relato das fontes empregadas na sua confecção. Nada muda, entretanto, a imposição – essa essencial – de o magistrado esmiuçar o livro e extrair dali o fundamento para o direito debatido.

Outra questão prefacial posta à baila, a ser apreciada agora, diz com a aventada inépcia da petição inicial (art. 295, I, do CPC) por suposta deficiência na exposição da causa de pedir remota. O argumento trilha no sentido de que os autores invocaram a ofensa moral associada ao conteúdo do livro “O tempo de Eduardo Dias – Tragédia em quatro tempos”, mediante fundamento ligado apenas à agressiva redação das passagens da obra, dando a entender com isso que só os réus Francisco José Pereira e Amílcar Neves, seus escritores, teriam culpa pelo dano, sem precisar os motivos pelos quais a ré Editora Garapuvu Ltda. fora incluída no processo.

De se rejeitar, entretanto, a asserção, pois se a peça pórica fala reiteradamente *que a intenção dos Réus foi **relatar (grifei)** momentos da vida de Eduardo Dias, utilizando-se como personagens pessoas que existiram, como o pintor GALDINO GUTTMANN BICHO, mas alterando substancialmente a época e a verdade dos fatos* (fls. 05/06), pode-se compreender que a descrição atrai também a editora (aliás, melhor parece, os réus invocam é a ilegitimidade passiva específica dela).

É que a ideia ínsita no verbete “relatar” coincide com o ato de propagar, ou reproduzir certa história a outrem, e disso certamente fez parte quem levou a público o livro em tela. É o bastante para pô-la na lide *pari passu* em relação aos outros réus, pois atribui-se, de um modo geral, incidência do art. 159 do CC (rememore-se que o art. 12 da Lei n. 5.250/67, especificamente aplicável à imprensa foi expurgado do ordenamento pela

decisão do STF na ADPF 130). Essa, enfim, a responsabilidade civil que se avalia nas linhas que seguem.

Pois bem.

A *causa petendi* está alicerçada na violação ao arcabouço moral de Galdino Guttmann Bicho, ou simplesmente nomeado Guttmann Bicho, pintor nascido em Petrópolis-RJ no dia 23.11.1888, radicado em Aracaju SE, e que posteriormente passou períodos de sua vida em diversos lugares, dentre os quais em Florianópolis.

Como já se disse nas linhas acima, ele foi retratado num papel coadjuvante do livro “Eduardo Dias - Tragédia em Quatro Tempos”, obra dirigida à vida desse artista que foi seu contemporâneo na primeira metade do século XX, e que se desenrola na capital catarinense.

É a partir daí que versa a divergência, porque o neto do artista fluminense, ora demandante, aponta descrição carregada de tom depreciativo, verdadeiramente desonrosa, o que implica em ofensa à imagem e lhe traz profunda amargura e desgosto na condição de descendente direto.

A abordagem da tese central é árdua, pois requer profundo enfoque de dois preceitos fundamentais incluídos no rol do art. 5º da Constituição Federal, essenciais para a convivência e o bom funcionamento de um regime democrático como o nosso.

De um lado encontra-se a liberdade de *expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença*, consagrada no inciso IX, e que representa verdadeiro baluarte dos direitos individuais desde os tempos do Iluminismo, representativo da luta contra o despotismo e a intolerância, alicerce da busca pela autonomia do espírito sem rotulação ideológica, sexual ou racial. Bem por isso, como bem assinala Pinto Ferreira (*In Comentários à Constituição brasileira, v. 1*. São Paulo: Saraiva, 1989, p.68) *o Estado democrático defende o conteúdo*

essencial da manifestação da liberdade, que é assegurado tanto sob o aspecto positivo, ou seja, proteção da exteriorização da opinião, como sob o aspecto negativo, referente à proibição de censura.

No outro lado, entretanto, exsurge com igual força a condição de serem *invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação* (inciso X). Essa disposição derradeira é relevantíssima, pois dela decorre, como bem expressa o preclaro Alexandre de Moraes (*In Direito Constitucional*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 52), que:

A liberdade de imprensa em todos os seus aspectos, inclusive mediante a vedação de censura prévia, deve ser exercida com a necessária responsabilidade que se exige em um Estado Democrático de Direito, de modo que o desvirtuamento da mesma para o cometimento de fatos ilícitos, civil ou penalmente, possibilitará aos prejudicados plena e integral indenização pelos danos materiais e morais, além do efetivo direito de resposta.

Destarte, o efeito integrador entre os preceitos, bem como a sua harmonização, indica que a caneta com a qual o escritor redige a sua obra não possui carga de tinta infinita. Ao contrário, muito embora a Carta Magna outorgue ao artista, e com razão, o mais amplo nível de liberação, esbarra tal direito no momento em que ele elege como objeto pessoa certa e determinada, porque nasce daí um conflito entre caracteres, ou seja, passa a haver uma imagem concreta, real, repleta de sentimentos a serem resguardados, cuja afronta é suscetível de controle por parte do Poder Judiciário.

Posta a coisa em tais termos, convém adentrar de forma mais objetiva no texto do livro em si, a começar falando sobre o seu gênero. Nesse ínterim, desde logo é bom asseverar, a obra tem nuances de gênero narrativo, mas muito mais se alimenta do gênero dramático, pois é verdadeira encenação, com descrição de gestos, tom de fala dos personagens, alusão ao palco, enfim, tudo o que se assemelha à apresentação de uma peça teatral.

Quanto ao conteúdo propriamente dito da encenação, porém, não é de ficção pura, pois relata fatos irrealis, mas inclui caracteres de pessoas que existiram. Trata-se, esse sim, do aspecto fundamental, pois a apresentação de personalidades históricas limita a certo nível a dramatização cabível, isso nem é questão de interpretação.

Na verdade, queiram os réus ou não, seja num gênero narrativo, poético ou teatral, a criação de anjos e demônios é admissível precipuamente na ficção total, mas o escritor deve certa cautela ao expor ao público um ser humano palpável.

Para melhor compreender do que se fala, a obra literária foi dividida em quatro atos, os quais retratam cenas do cotidiano de Florianópolis no ano de 1940, e traz ínsita em seu interior a tese de que a obra do pintor local Eduardo Dias não era devidamente reconhecida pela sociedade. Noutras palavras, argumenta-se que ele era muito talentoso, mas ignorado em detrimento de artistas de outros lugares, como Guttmann Bicho.

Para conferir o que se expõe, impende transcrever do segundo tempo do livro (fl. 77/78), *in verbis*:

PAULISTINHA – Bela pintura, Mestre! Teremos aqui uma grande obra, sem dúvida. Pelo tamanho da tela, imagino que o senhor ainda dará a ela uns quatro ou cinco dias de dedicação, pelo menos. Estou certo?

EDUARDO – Não pretendo dedicar a este óleo nem mesmo meia hora.

PAULISTINHA - Desculpe, mas não estou entendendo.

EDUARDO – Estou brincando, meu amigo. Esse aí é o trabalho mais recente do Antonio. O início de uma nova fase para ele e, preze a Deus, também para mim. O senhor sabe: nesta nossa atividade, vivemos quase que mais de esperanças do que de resultados. Seguimos sempre acreditando que agora, finalmente, algo fundamental vai ocorrer, a grande virada vai acontecer. Não, não falo de dinheiro, o senhor bem sabe – quer dizer, não só de dinheiro, não

apenas de dinheiro, mas também de reconhecimento e respeito, e especialmente destas duas coisas de alto valor e escassa ocorrência. **Tudo isso nos falta nesta terrinha miserável: dinheiro, reconhecimento e respeito. Não é de admirar que qualquer um que tenha um mínimo de talento queira sair daqui, afastar-se deste meio, ainda que seja para voltar depois, trazendo na bagagem uma meia dúzia de críticas favoráveis que seja, uma meia dúzia de exposições e de premiações lá fora, qualquer que seja a distância daqui até esse mítico “lá fora” (grifei).**

Adiante nesse tempo do livro, é então elaborado um hipotético encontro entre pessoas de peso no chamado Café Rio Branco, próximo da Praça XV de Novembro. Ali estariam sentados numa mesa, de acordo com o enredo, cidadãos da época (fl. 90): *Galdino Guttmann Bicho, um pintor de 52 anos de idade, nascido em Petrópolis, RJ, e há pouco residindo na cidade; o Secretário, efetivamente titular de uma secretaria no governo do Estado, homem de confiança do Interventor, com pouco mais de 40 anos; Ildefonso Juvenal, 46 anos, graduado em farmácia, escritor, autor de peças teatrais, historiador dos quadros do Instituto Histórico e Geográfico de Santa Catarina, jornalista e oficial da Polícia Militar.* Após a chegada de Martinho de Haro, e de variadas incursões sobre a política e a situação da cidade, relata-se que a Administração Pública do Estado de Santa Catarina pretendia comprar várias obras assinadas por Guttmann Bicho, precisamente *seis telas que reproduzem vistas do litoral catarinense* (fl. 93). Adiante a conversa é interrompida, fica no ar, dirigida que foi a encenação ao Teatro da União Beneficente e Recreativa Operária de Florianópolis – UBRO, precisamente para tratar de um papo entre o pintor Eduardo Dias e um terceiro nomeado Deodósio Ortiga.

Quando essa etapa se encerra, os holofotes regressam ao Café Rio Branco (fls. 97/99), é quando principia novo diálogo envolvendo a figura de Guttmann Bicho, e que ora convém descrever:

ILDEFONSO – Então, esses são, em resumo, os nossos planos, meus e do pintor Antonio Dias: uma grande exposição retrospectiva...

GUTTMANN BICHO – Desculpe-me interrompê-lo, ilustre acadêmico, mas pensei que o pintor se chamasse Edmundo Dias, ou Eduardo Dias, algo assim...

(Risos de Guttman Bicho e do Secretário).

(...)

GUTTMANN BICHO – O senhor acredita, de fato, que esse cidadão possa ser classificado como artista?

CORO – O que eu quero dizer, na verdade, é que as “pinturas” desse sujeito não valem absolutamente nada. Não colocaria telas desse pobre coitado sequer para decorar as paredes do meu galinheiro. E por um motivo bem simples: meus galináceos deixariam de pôr (grifei).

PAULISTINHA – Aqui, com certeza não. Em São Paulo ele já estaria há muito nos melhores museus e galerias.

CORO – O que eu quero dizer, na verdade, é que a “elite” desta terra não tem opinião própria, limitando-se a reproduzir o que ouve lá fora. Com isso prepara-se o ninho, para mantermos a analogia do poleiro, onde se abancam aproveitadores como esse indivíduo que veio de Petrópolis (grifei).

(...)

GUTTMANN BICHO – Com que então, senhor Paulistinha, o senhor ousa discordar do respeitável doutor Oswaldo Rodrigues Cabral. Não sei se o senhor sabe de quem eu falo, mas o doutor Oswaldo Cabral é médico, deputado jornalista e – desculpe-me a franqueza, doutor Ildefonso, (bate amistosamente no ombro do companheiro de mesa), nada pessoal contra o senhor: o maior e mais considerado historiador que esta terra já teve. O doutor Cabral, em sua magistral obra “Nossa Senhora do Desterro – Memória”, é absolutamente categórico. Escreve ele: “De fato, da pintura ficaram quase dois nomes – um consagrado, outro esquecido, quase ignorado. O primeiro foi Victor Meirelles; o segundo, Sebastião Vieira Fernandes”. E ponto final.

CORO – O que eu quero dizer, na verdade, é que esse reles mercador de rabiscos e borrões, esse inacreditável borra-botas metido a conhecedor de arte, tem muita petulância de vir aqui discutir comigo, na frente do Secretário, uma autoridade constituída. Só sua presença já é bastante para me irritar, mas agora ele vai sentir esmagá-lo o peso da própria ignorância (grifei).

Para encerrar de vez a participação de Guttmann Bicho no livro em tela, ainda é necessário descrever o ponto em que Martinho de Haro propõe ao secretário de estado que compre tanto painéis de Guttmann Bicho quanto de Eduardo Dias, dando assim algum tipo de prestígio ao artista local. Consta sobre o tema o seguinte (fl. 100):

MARTINHO – Gostaria de pedir-lhe, Secretário, que analise com muita atenção a possibilidade de o Estado comprar obras de Eduardo Dias. Continue comprando do ilustre Guttmann Bicho aqui presente, mas compre também Eduardo: um Guttmann e três Eduardo, assim como outros artistas catarinenses de valor. Esta é, certamente, uma das funções mais importantes do governo: estimular as artes e a cultura locais.

CORO – **O que eu quero dizer, na verdade, é que filhos-da-puta como Guttmann Bicho (grifei)**, Estanislau Traple, Hantz e outros tantos e tantos outros aqui desembarcaram, com ou sem bagagem, isso pouco importa, e conseguem os melhores espaços para expor, ampla divulgação na imprensa, legiões de bovinos compradores e, muita vez, empregos públicos, geralmente como professores. Enquanto isso a gente da terra... **A gente da terra ainda tem que aturar desaforos e sofrer, como é o caso de Eduardo com os sarcasmos desse verme sentado aqui ao lado (grifei)**. Afora o fato de que vêm para cá fazer retratos de tudo quanto é autoridade, ricaço, comerciante e madame: justo uma das maiores especialidades dos artistas daqui, os retratos, a começar, mais uma vez, por Eduardo Dias, sem qualquer favor um dos mais importantes retratistas deste país: em 1893, aos 21 anos, já era aplaudido através da imprensa local pelo magnífico trabalho em crayon e lápis branco sobre o médico Frederico Rolla.

É o bastante. Ao que se percebe, em algumas das passagens Galdino Guttmann Bicho é o próprio interlocutor e fala a terceiros num tom de

desdém sobre Eduardo Dias, como quando pergunta qual seria o nome desse pintor. Em outras partes, por sua vez, o recurso conhecido como “coro” revela o que seria o seu espírito interior naquele momento, e daí ele estaria querendo dizer que as pinturas de Eduardo Dias não têm valor algum e não serviriam nem para emoldurar um galinheiro. Em tais casos, extrai-se a intenção nítida de tachá-lo como arrogante e desdenhador do trabalho de Eduardo Dias, mas até então a afronta a imagem não é tão escrachada.

A questão aprofunda-se, e de maneira muito explícita, quando há juízo de valor sobre o temperamento de Guttmann Bicho, e não adianta dizer o contrário. O “coro” na página 98 o chama de **mero aproveitador em terras alheias**, e para piorar, e muito, na página 100 ele é chamado categoricamente de “**filho-da-puta**”. Essa expressão última, aliás, estou convencida, não veio num contexto de enaltecê-lo, como a parte quer sugerir em sede de apelação. O encadeamento das ideias não propicia analogia com frase do tipo “aquele f.d.p. é um homem de sucesso”, expressão que, embora chula, é de uso popular no Brasil. Não mesmo. O que se diz ali, após vasta conversa em que o poder público dá preferência à compra de pinturas de Guttmann Bicho, é no sentido de injuriá-lo, enquanto mais prestigiado apesar de forasteiro, num velado tom de crítica quanto aos hábitos do governo e da elite local. Algo que culmina por chamá-lo de “**verme**”, adjetivo apenas a ele dirigido, façam-se tantas releituras do livro quantas possíveis.

Sendo assim, é indubitável que os réus não tiveram o cuidado devido na elaboração e divulgação do trabalho, pois acumularam linguagem depreciativa a Guttmann Bicho. Vê-se, enfim, que usaram de injúria ao qualificá-lo com palavrões, bem como o difamaram por expor um retrato muito nítido de pessoa oportunista e arrogante. Nem se fala, ademais, que o livro não guarda sequer fidelidade à história da época, porque coloca Galdino Guttmann Bicho numa conversa de 1940, quando a documen-

tação mostra que ele apenas viveu aqui em Santa Catarina nos anos 1920. Correto, nesse contexto, o juízo *a quo*, por dizer que *aos escritores competia bom senso na forma como descreveram o Sr. Galdino Guttmann Bicho; à editora cabia maior rigor na revisão e publicação de livro contendo tantas ofensas*.

Está patenteado o dano moral ao neto do ofendido, que viu a memória familiar envolta em pejorativos, o que por certo lhe causou enorme aflição e mágoa. O prejuízo, outrossim, independe de prova específica, bastando a constatação de que o ato perpetrado gerou aflição íntima, sentimento de sofrimento ao ofendido. Carlos Alberto Bittar (*In Reparação civil por danos morais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 129/130), a respeito, explica:

Na prática, cumpre demonstrar-se que, pelo estado da pessoa, ou por desequilíbrio e, sua situação jurídica, moral econômica, emocional ou outras, suportou ela conseqüências negativas advindas do ato lesivo. A experiência tem mostrado, na realidade fática, que certos fenômenos atingem a personalidade humana, lesando os aspectos referidos, de sorte que a questão se reduz, no fundo, a simples prova do fato lesivo. Realmente, não se cogita, em verdade, pela melhor técnica, em prova de dor, ou de aflição, ou de constrangimento, porque são fenômenos ínsitos na alma humana como reações naturais a agressões do meio social. Dispensam, pois, comprovação, bastando, no caso concreto, a demonstração do resultado lesivo e a conexão com o fato causador, para responsabilização do agente.

Atinente ao montante do ressarcimento, cumpre ressaltar que, em matéria de danos morais, a lei civil não fornece critérios específicos para a sua fixação. Justamente por isso a jurisprudência tem optado por confiar ao prudente arbítrio do magistrado essa árdua missão de estipular um valor justo para amenizar a dor alheia.

Nesse passo o *quantum* indenizatório tem sido fixado de acordo com as peculiaridades de cada caso concreto, levando em conta, sobretudo: o dolo ou o grau de culpa daquele que causou o dano; as condições pessoais e econômicas das partes envolvidas; a intensidade do sofrimento

psicológico gerado; a finalidade admonitória da sanção, para que a prática do ato ilícito não se repita; e o bom senso, para que a indenização não seja extremamente gravosa, a ponto de gerar um enriquecimento sem causa ao ofendido, nem irrisória, que não chegue a lhe propiciar uma compensação para minimizar os efeitos da violação ao bem jurídico.

Nesse sentido há muito já pontificou o Superior Tribunal de Justiça:

DANO MORAL. REPARAÇÃO. CRITÉRIOS PARA FIXAÇÃO DO VALOR. CONDENAÇÃO ANTERIOR, EM QUANTIA MENOR.

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. (REsp 355392 / RJ, rel. Min. Castro Filho, j.26.3.2002)

Outrossim, enuncia a jurisprudência deste Sodalício:

Evidenciando-se o dano moral, fica o responsável sujeito às conseqüências do ato praticado, das quais exsurge, como a principal, no plano do direito civil, o pagamento de uma soma a ser arbitrada, conforme a gravidade do dano e a capacidade financeira do responsável, com a fixação ficando a critério do Poder Judiciário, indenização essa que deverá ser imposta a título de justa reparação do prejuízo sofrido, mas não como fonte de enriquecimento do lesado (Apelação Cível n. 1999.003511-5, de Ponte Serrada, Rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz).

Analisando o caso à luz de ditos parâmetros, reputa-se intocável o valor da indenização. A imoderação da linguagem empregada no livro consubstancia culpa grave por parte dos redatores e da revisora. Além disso, o valor foi estipulado em R\$ 15.000,00, mas é bom lembrar que se trata de obrigação solidária entre três réus, o que por certo minorará sobremaneira o encargo final individualizado. Não se prevê, ademais, que o autor, engenheiro residente no centro de Brasília, perceba um acréscimo

desproporcional da sua renda com aquele valor. Não se fala, destarte, em fonte de enriquecimento ilícito. Finalizando, a redução eliminaria o caráter punitivo da pena, ainda mais passados tantos anos da publicação do livro (2005).

Verifica-se, de outra banda, não haver razões para minorar a multa diária de R\$ 1.000,00 imposta pela obrigação de fazer, consistente na eliminação dos termos questionados no livro (art. 461, § 5º, do CPC). É que o valor da sanção *deve ser significativamente alto, justamente porque tem natureza inibitória. O juiz não deve ficar com receio de fixar o valor em quantia alta, pensando em pagamento. O objetivo das astreintes não é obrigar o réu a pagar o valor da multa, mas obrigá-lo a cumprir a obrigação na forma específica* (NERY JUNIOR, Nelson. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p 588). Além disso, no caso em questão trata-se de três litisconsortes, cuja posição social não é miserável. Portanto, a multa tem de ser efetivamente elevada, sob pena de ensejar o possível descumprimento da obrigação, em detrimento dos interesses da parte autora. Não se descarta, outrossim, que a sanção poderá ser minorada no futuro acaso tornada demasiado excessiva a soma (§ 6º do art. 461 do CPC), o que não sugere sequer a possibilidade de ocorrência de qualquer prejuízo irremediável.

No arremate, rejeita-se também a redução da verba honorária. O processo envolve matéria complexa, com a exposição de teses peculiares sobre a violação à imagem, mormente profunda abordagem da obra literária, com esforço intelectual pelo representante legal da parte. Outrossim, tramita há mais de quatro anos, contexto em que a minoração ao mínimo legal desprestigia o trabalho do advogado, o que não interessa à nobre classe a qual pertence, e não se adequa às balizas do art. 20, § 3º, do CPC.

DECISÃO

Ante o exposto, a Câmara decide, por unanimidade, negar provimento ao recurso.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Des. Henry Petry Junior e Ricardo Roesler.

Florianópolis, 26 de outubro de 2010.

MARIA DO ROCIO LUZ SANTA RITTA
PRESIDENTE E RELATORA

Apelação Cível n. 2010.010763-5, de Garopaba

Relatora: Des. Maria do Rocio Luz Santa Ritta

INVENTÁRIO. OPOSIÇÃO. ADMISSIBILIDADE, DESDE QUE PROCESSADA SOB A FORMA AUTÔNOMA PREVISTA NO ARTIGO 60 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. RECURSO PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2010.010763-5, da comarca de Garopaba (Vara Única), em que é apelante Espólio de Domingos Magalhães, representado pela inventariante Maria do Nascimento Carneiro de Brito, e apelado Espólio de Mauro Alexandre Damázio, representado pela inventariante Ana Maria Pires Porto:

ACORDAM, em Terceira Câmara de Direito Civil, por unanimidade, prover o recurso e, de ofício, suspender o curso da oposição, nos termos da fundamentação. Custas legais.

RELATÓRIO

No inventário do patrimônio deixado pelo Sr. Mauro Alexandre Damázio, o Espólio de Domingos Magalhães peticionou dizendo-se proprietário do único bem arrolado, uma Fazenda situada no Estado de Goiás, que, por desapropriada pelo INCRA, autarquia federal, hoje vê-se convertida em um punhado de Títulos da Dívida Agrária, todos depositados na CEF e vinculados ao procedimento expropriatório que corre na Vara Federal Única da Subseção Judiciária de Luziânia/GO.

Nessa petição, alegou que Domingos Magalhães teria comprado, em 1985, mediante compromisso de compra e venda quitado e registrado

no CRI, o imóvel que agora os herdeiros de Mauro Alexandre Damázio desejam partilhar, na forma dos tais títulos da dívida agrária.

Decisão interlocutória rejeitou a intervenção argumentando que ela deveria ter vindo ao processo sob a forma de oposição (art. 56, CPC).

Ajuizada a oposição e contestado o feito, a MM. Juíza de Direito extinguiu o processo, sem resolução de mérito, por ausência de interesse processual de agir, sob o fundamento de que a oposição não seria a medida processual adequada, condenando o oponente ao pagamento de custas e honorários advocatícios (R\$ 100.000,00 - 10% do valor da causa).

Inconformado, o Espólio de Domingos Magalhães interpõe apelação cível, alegando, em suma, que a oposição é cabível na espécie.

Apresentadas as contrarrazões, vieram os autos.

VOTO

1. Kafka poderia ter se inspirado no enredo desta causa para escrever sua obra-prima “O Processo”.

A petição apresentada pelo Espólio Domingos Magalhães deveria ter sido recebida nos autos do inventário como postulação de uma dívida do espólio de Mauro Alexandre Damázio (art. 1.017, CPC).

Se o *de cujus* prometeu o imóvel à venda e se o preço foi pago, então os seus herdeiros encontram-se vinculados ao cumprimento da obrigação, por meio da outorga da escritura pública (fosse isso possível), ou mediante a entrega dos títulos da dívida agrária sub-rogados no lugar daquele imóvel, única hipótese hoje factível, dada a desapropriação levada a efeito pelo INCRA.

Discordando os herdeiros das razões expendidas pelo credor, seriam as partes encaminhadas ao rito ordinário (art. 1.018, *caput*, CPC),

adotando-se, ou não, a critério do juiz, a providência inscrita no parágrafo único do artigo 1.018 do CPC.

Quis a MM. Juíza *a quo*, porém, que o pedido viesse aos autos sob a forma de oposição.

Contra essa decisão os advogados que representam o Espólio de Domingos Magalhães dispunham do recurso de agravo de instrumento.

Alegariam - penso - que aquela prosaica petição bastava ao fim a que se propunha, e, pelo menos de minha parte, o argumento receberia chancela.

Porém, como convém aos que primam pelo bom senso, submeteram-se à “sugestão” judicial e propuseram ação de oposição, a qual, logo em seguida, surpreendentemente, foi extinta, sem resolução de mérito, porque sua Excelência, contradizendo-se, passou a manifestar o entendimento de que não cabe oposição no procedimento do inventário, condenando o espólio opoente ao pagamento de custas processuais e de honorários advocatícios arbitrados em vultosos cem mil reais.

Pois bem, o esdrúxulo da situação já é, e meu ver, motivo suficiente ao provimento deste recurso: podendo valer-se de simples petição, o espólio curvou-se à opinião da MM. Juíza *a quo* e, só por fazê-lo, viu-se não apenas condenado ao pagamento de custas e honorários fixados em cem mil reais, mas também, e o que é pior, destituído de meio processual apto a fazer valer em juízo uma pretensão de que se julga titular. O direito processual não admite a prevalência da forma sobre o conteúdo, não se compadece com injustificáveis idas e vindas, nem pode ser conivente com a criação de verdadeiras ciladas ao jurisdicionado.

Por isso, ainda que, por epítrope, entenda-se que a oposição não seja a medida mais palatável para processualizar a pretensão do espólio apelante, a só circunstância do cabimento daquela simples petição já

indica que ao caso deve ser aplicado o princípio da instrumentalidade das formas, em ordem a impor ao Judiciário o dever de conhecer e responder - por este ou aquele veículo processual, pouco importa - o questionamento de direito material proposto pelo espólio apelante.

2. Depois, ainda que assim não fosse, divirjo da óptica da sentença.

O inventário é - como está dito na sentença - “procedimento especial que não se converte no rito ordinário”, circunstância que impede, de fato, o manejo da *oposição interventiva* prevista no artigo 59 do Código de Processo Civil, que é pretensão de terceiro ‘metida’ (a expressão é de Pontes) entre a pretensão dos litigantes originários em *processo pendente*.

Todavia, essa modalidade de intervenção não é a única, havendo também a chamada *oposição autônoma* (art. 60, CPC), que não tem natureza de intervenção *de terceiro*, mas de *processo incidente* proposto *por terceiro*.

Por meio dela, o oponente não se ‘mete’ em processo pendente, como que embarcando num trem em movimento, mas gera, ao contrário, um novo processo.

Sob essa forma autônoma, o cabimento da oposição não depende da (im)possibilidade de conversão do procedimento especial no rito ordinário. Eis o que diz Cândido Dinamarco:

Sempre no âmbito do processo de conhecimento, a oposição interventiva só se admite nas causas que tenham curso pelo procedimento ordinário. No sumário não, porque a lei expressamente a exclui (CPC, art. 280). Nos especiais também não, dadas as insuperáveis incompatibilidades procedimentais que tumultuariam o processo e dificultariam a tutela jurisdicional. **Mas essas restrições relativas à espécie de procedimento só atingem a oposição interventiva, porque a autônoma não causa perplexidades ou retardamentos ao processo pendente e, uma vez que constitui objeto de outro processo, não se cogita de supostas incompatibilidades** (*in*

Instituições de Direito Processual Civil. São Paulo: Malheiros, 6ª ed., VII, ps. 392/393, sem destaque no original).

Na mesma linha, o magistério de Wambier, Talamini e Almeida:

A oposição propriamente dita só ocorrerá se for oferecida antes da audiência de instrução e julgamento, caso em que será apensada aos autos principais, havendo, daí para a frente, unidade procedimental e decisão conjunta.

A lei prevê (art. 60 do CPC), entretanto, que a oposição também pode ser oferecida depois da audiência, só que, nesta hipótese, não haverá unidade procedimental nem decisória (diz o texto do art. 60: ‘oferecida depois de iniciada a audiência, seguirá a oposição o procedimento ordinário, sendo julgada sem prejuízo da causa principal...’). Pode o juiz suspender o andamento do processo principal, por até noventa dias, para julgá-lo com a oposição, se estimar que este prazo seria suficiente. Se isso não acontecer, será a oposição julgada independentemente e, na verdade, não se terá tratado propriamente de oposição. Nessa hipótese, haverá exclusivamente distribuição por dependência (art. 109) (*in* Curso Avançado de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, V I, 10ª ed., p. 294).

Como se vê das transcrições, se na espécie não cabe oposição interventiva, porque, como se diz na sentença, o inventário “não se converte em momento algum em ordinário”, cabe, entretanto, oposição autônoma, que nada mais é do que uma ação de rito ordinário passível de tramitação paralela ao processo de inventário.

A situação não tem o sabor do heterodoxo, porque, ontologicamente, essa oposição, como ação incidente que tramita sob o rito ordinário, não difere de qualquer outra ação que, surgida em virtude do inventário, dele se destaca para formar um novo processo quando a questão que constitua seu objeto estiver envolta em “alta indagação”.

Foi dito na sentença que o inventário “é um procedimento de jurisdição voluntária” e que nele “não há lide” (fl. 38). Mas não. O inventário integra o Livro IV do Código de Processo Civil, que abriga os

“*procedimentos especiais de jurisdição contenciosa*”, e nele, ou por conta dele, surgem inúmeras lides, como as que se verificam entre os herdeiros, entres eles e os que se dizem herdeiros, entre aqueles e eventuais credores, etc. E ao juiz cabe resolvê-las nos próprios autos do inventário, a menos que se tratem de questões envoltas em “alta indagação”, ocasião em que as partes - como dito - serão remetidas aos “meios ordinários”.

Portanto, pondo a forma de lado e indo ao conteúdo, é perceptível que, no caso, a oposição, desde que autônoma, pode validamente ser instaurada, devendo coexistir ao lado – e não dentro – do inventário, tal como se dá com as diversas ações que aqui foram mencionadas e como aconteceria se fosse observado o rito previsto no artigo 1.018 do Código de Processo Civil, mencionado no prólogo deste voto.

3. Finalmente, há notícia – e o portal que o TJGO mantém na *internet* a confirma – de que tramita em primeiro grau de jurisdição, na Comarca de Formosa-GO, uma ação de adjudicação compulsória ajuizada pelos apelantes contra o apelados, autuada sob o n. 2008.04611119.

A cópia da inicial está nos autos e de sua análise se infere que essa ação é parcialmente prejudicial à presente oposição (prejudicialidade externa), já que ambas apresentam como causa de pedir o compromisso de compra e venda negociado pelos falecidos e o consequente direito de propriedade que desse pacto surge em favor do espólio opoente.

Por essa razão, entendo que a oposição, embora factível, deve ficar suspensa pelo prazo de um ano, com fulcro no artigo 265, IV, ‘a’, e § 5º, do CPC.

Em consequência, voto pelo provimento do recurso para casar a sentença e declarar o cabimento da ação de oposição autônoma, suspendendo-a, nos termos da fundamentação.

DECISÃO

Ante o exposto, a Câmara decide, por unanimidade, prover o recurso e, de ofício, suspender o curso da oposição, nos termos da fundamentação.

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, 5 de outubro de 2010.

Maria do Rocio Luz Santa Ritta
RELATORA

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

APELAÇÕES CÍVEIS

Apelação Cível n. 2008.018105-0, de Balneário Camboriú

Relator: Des. Rodrigo Antônio

APELAÇÕES CÍVEIS. ARRESTO. MEDIDA CAUTELAR. NATUREZA PREPARATÓRIA À EXECUÇÃO FORÇADA LASTRADA EM TÍTULO LIQUIDO, CERTO E EXIGÍVEL. LIMINAR DEFERIDA. BEM DE FAMÍLIA. ALEGAÇÃO ACOLHIDA. PROCEDIMENTO EXTINTO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO.

RECURSO DO SUPPLICANTE. DESCARACTERIZAÇÃO DO BEM DE FAMÍLIA. REPRISTINIZAÇÃO DA CONSTRIÇÃO DEFERIDA *INITIO LITTIS* INCABÍVEL. UTILIDADE. INEXISTÊNCIA. CARÊNCIA DE AÇÃO À MÍNGUA DE INTERESSE PROCESSUAL RECONHECIDA *EX-OFFICIO*. INTELIGÊNCIA DO ART. 267, VI E § 3º, DO *CODEX INSTRUMENTALIS*. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO POR FUNDAMENTO DIVERSO.

A conversão do arresto em penhora, deferido em medida cautelar pressupõe, obrigatoriamente, o julgamento de procedência da *actio principalis* mostrando-se, assim, a medida cautelar despojada de utilidade, quando manejada antes ou durante a tramitação de pleito executório, que não comporta a prolação de sentença de procedência pena de, em assim ocorrendo, estar-se a lhe conferir caráter satisfativo, vedado em Lei.

APELO ADESIVO. VERBA HONORÁRIA. FIXAÇÃO ACERTADA. PEÇA DE RESISTÊNCIA E TRABALHO INTELECTUAL COM REDUZIDO GRAU DE COMPLEXIDADE. MAJORAÇÃO DESCABIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2008.018105-0, da comarca de Balneário Camboriú (2ª Vara Cível), em que são apelantes/apelados Carlos Renato Portes Júnior, Trummer & Cia Ltda EPP e outro:

ACORDAM, em Primeira Câmara de Direito Comercial, por votação unânime, conhecer e negar provimento ao recurso interposto pelo suplicante para, em reconhecendo *ex-officio* sua carência de interesse processual, à mínima de utilidade, julgar extinta, sem resolução de mérito a medida cautelar, nos moldes do art. 267, VI, § 3º, do Código *Buzaid* e, ainda, conhecer e negar provimento ao recurso adesivo manejado pela Suplicada, mantendo inalterada a verba honorária fixada na Sentença objurgada, diante da pequena complexidade da causa e do trabalho intelectual realizado. Custas legais.

RELATÓRIO

Perante a 2ª Vara Cível da comarca de Balneário Camboriú, CARLOS RENATO PORTES JÚNIOR manejou medida cautelar de arresto, preparatória de ação de execução forçada em face da sociedade empresária TRUMMER & CIA LTDA (DISTRIBUIDORA PAULISTA) e de sua titular, CRISTIANE KARLA TRUMMER, buscando haver de ambas o crédito no valor de R\$ 40.000,00, representado por cheque de emissão da primeira que, apresentado para desconto veio a ser devolvido por insuficiência de fundos em poder do sacado, postulando, ainda, a desconsideração da personalidade jurídica, visando o arresto e posterior conversão em penhora de

bem imóvel de propriedade da pessoa natural titular da sociedade empresária, pretensões estas que restaram deferidas liminarmente.

Regularmente citadas, somente a pessoa natural e segunda Suplicada contestou, aduzindo a impossibilidade de desconconsideração da personalidade jurídica da sociedade empresária Suplicada, bem como a impenhorabilidade do imóvel constritado, por se constituir em Bem de Família.

Em Sentença lançada aos autos, muito embora acolhida a desconconsideração da personalidade jurídica da primeira Suplicada, por reputados presentes os requisitos legais e factuais autorizadores a tanto, ainda assim findou o processo por ser extinto, sem resolução de mérito, nos moldes do art. 267, IV, do CPC, ante o reconhecimento de que o imóvel indicado na exordial se constituiria em Bem de Família e por inexistir, além do mesmo, qualquer outro de propriedade, tanto da pessoa jurídica, quanto da pessoa natural e sua titular, revogando-se a liminar concedida, impondo ao Suplicante a condenação no pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em R\$ 600,00, *ex-vi* do art. 20, §4º, da Lei Adjetiva Civil que, irresignado com o teor da prestação jurisdicional entregue interpôs, em prazo hábil, recurso de apelação, visando sua reforma, colimando a procedência da ação, com a conversão do arresto em penhora e a inversão dos ônus da sucumbência ao argumento de que, não se fazendo presente a situação prevista no art. 5º da Lei n. 8009/90, o imóvel constritado não se constituiria em Bem de Família.

Igualmente inconformada, a segunda Suplicada Cristiane Karla Trummer interpôs recurso adesivo colimando, tão só, a majoração dos honorários advocatícios, pugnando pela fixação da verba *em torno de 10% do valor atualizado da causa (sic)*, propugnando pelo provimento do apelo.

Ofertadas as contrarrazões por ambas as partes, ascenderam os autos a esta Corte e, distribuídos a este Órgão Fracionário, vieram-me conclusos.

VOTO

Trata-se de recursos de apelação interpostos pelos litigantes contra Sentença que, sem resolução de mérito, nos moldes previstos no art. 267, IV, do CPC, julgou extinta a medida cautelar preparatória de arresto manejada por credor/suplicante em face de suas devedoras/suplicadas.

Nada obstante os candentes argumentos aduzidos pelo Suplicante/apelante em suas razões recursais buscando, a todo o custo, ver arrestado o imóvel matriculado em nome da pessoa natural titular da sociedade empresária responsável pela emissão do cheque que, apresentado ao sacado, deixou de ser honrado por insuficiência de fundos e, mais ainda, que não logrou a mesma em comprovar, como deveria tê-lo feito, não dispor de qualquer outro imóvel passível de ser constringido ou, ainda, ser o mesmo destinado a lhe servir de residência a verdade é que, já desde o seu nascedouro, padece a medida cautelar instaurada de vício insanável que deveria mas, infelizmente, deixou de ser observado, no exato momento em que, procedida a indispensável análise de sua admissibilidade, frente ao ordenamento jurídico vigente disciplinando, com riqueza de detalhes e, minuciosamente, toda a matéria relativa ao processo cautelar insculpido nos artigos 796 a 807 da Lei Adjetiva Civil.

Não se olvida absolutamente que, na dicção do art. 796 do CPC, *o procedimento cautelar pode ser instaurado antes ou no curso do processo principal e deste é sempre dependente* não havendo, contudo, também se olvidar que, em se tratando como se trata de medida cautelar específica de arresto este, por força do enunciado no art. 818, do mesmo diploma legal, somente vem a se resolver ou converter em penhora, quando JULGADA PROCEDENTE A AÇÃO PRINCIPAL, pois a finalidade única e precípua das medidas cautelares, salvo nos casos previstos de forma expressa e exaustiva em Lei, que não contempla o arresto, não se presta a realização do direito material, mas somente assegurar o resultado útil da denominada *actio principalis*.

Por força de tais princípios, previstos expressamente em Lei, é vedado emprestar-se cunho de satisfatividade às medidas cautelares, em especial ao arresto, pois como já reiteradamente assentado na jurisprudência pátria, *O processo cautelar, em regra, presta-se a assegurar a eficácia do processo principal, não visando a resguardar o direito substancial da parte, mas a utilidade do provimento final perseguido, pelo que inviável, no caso concreto, o pleito de medida cautelar de cunho satisfativo.* (TJMG. Ap. Cív. 1.0701.08.214187-3/001. 8ª C.Cív. Rel. Edgard Penna Amorim. DJe 13/4/2010).

Ora, partindo-se de tais premissas e, se no caso vertente o Suplicante/apelante dispõe como já dispunha, quando do manejo da cautelar título de crédito líquido, certo e exigível hábil, portanto, à propositura da ação de execução forçada que, sabida e consabidamente, por sua própria natureza, além de viabilizar o arresto, como verdadeira pré-penhora, não comporta Sentença resolutória de mérito, resta por demais evidente a carência de interesse processual por parte de todo e qualquer credor que, em já dispondo de título de crédito hábil ao manejo da execução forçada, vem a promover medida cautelar de arresto que, jamais poderá vir a ser convertido em penhora, primeiro à míngua de sentença de procedência passível de vir a ser prolatada na execucional e, ao depois que esta, por sua própria natureza específica já contempla, expressamente, tanto o arresto quanto a penhora a recair em bens de quem ostenta a qualidade de devedor garantindo, desta forma, o resultado útil não só da demanda como também e, principalmente, da satisfação do direito creditório postulado.

Tais circunstâncias, por si só, deixam à calva e sem rebuço, não somente a inviabilidade, quanto à atecnia da medida cautelar de arresto, tendo como ação principal a execução, além da completa ausência de utilidade desaguando, via de consequência, no reconhecimento da carência de interesse processual por parte de quem assim procede, matéria esta cognoscível a qualquer tempo e grau de jurisdição, independentemente de provocação

das partes, *ex-vi* do art. 267, VI e § 3º, da Lei Adjetiva Civil, tendo como resultante a extinção do processo, sem resolução de mérito.

Em situações tais, colhe-se da jurisprudência, *verbis*:

PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO CAUTELAR DE ARRESTO – Cautelar de arresto é instituto divergente da pré-penhora do art. 653 do CPC. Hipótese da alínea “b” do inciso II do art. 813 do CPC. Improvimento. I- Inconfundível é a medida cautelar típica de arresto, disciplinada pelos artigos 813 a 821, do cpc, com o arresto ou pré-penhora previsto no artigo 653 do código de processo civil, possuindo o primeiro natureza cautelar e o segundo natureza eminentemente satisfativa; II- Comprovado que o devedor caindo em insolvência, aliena ou tenta alienar bens que possui, a fim de frustrar a execução ou lesar credores, plausível é a concessão da cautelar de arresto; III- Agravo de instrumento improvido. (TJMA – AI 0287602009 – 3ª C.Cív. – Rel. Cleones Carvalho Cunha – DJe 31.05.2010 – p. 79)

PROCESSUAL CIVIL – AÇÃO CAUTELAR – PREVENTIVIDADE DA MEDIDA NÃO CONFIGURADA – AUSÊNCIA DE UTILIDADE DO PROVIMENTO REQUERIDO – CARÊNCIA DE AÇÃO – A demanda cautelar visa essencialmente à obtenção de medida que garanta à satisfatividade do processo principal, resguardando a incolumidade do direito material perseguido naquela via. Se o provimento requestado nenhuma utilidade possui ao alcance desse fim, o demandante é inequivocamente carente de ação por falta de interesse processual. Recurso conhecido. Processo extinto sem resolução de mérito (*ex officio*). (TJTO – AC 8414/08 – Rel. Des. Amado Cilton – DJe 18.03.2010 – p. 7)

Desta forma, reconhecida como o foi a ausência de utilidade da medida cautelar, cujo arresto jamais poderá ser convertido em penhora, tendo como corolário lógico a carência de interesse processual por parte do Suplicante/apelante, gravam-se de impertinência questões e discussões atinentes à desconsideração da personalidade jurídica da emitente do cheque, bem assim da caracterização ou não de Bem de Família, matérias estas que poderão vir a ser deduzidas no momento oportuno, no bojo da demanda expropriatória fundada no título executivo extrajudicial que já dispõe o Suplicante!

Diante de toda a argumentação aduzida, em reconhecendo como ora reconheço a ausência de qualquer utilidade prática na medida cautelar de arresto manejada, tipificando a carência de interesse processual do Suplicado/ apelante, inarredável seu reconhecimento, independente de provocação das partes, *ex-vi* do art. 267, VI e § 3º, do Código de Processo Civil, o que faz com que venha a conhecer, porém, a negar provimento ao recurso interposto pelo Suplicante, mantendo assim hígida, porém por fundamento diverso, a Sentença terminativa hostilizada, merecendo igualmente conhecido, mas também desprovido, o recurso adesivo manejado pela Suplicada, mantendo assim inalterado o valor da verba honorária arbitrada, perfeitamente compatível com a reduzida complexidade da causa e com o trabalho intelectual desenvolvido.

DECISÃO

Nos termos do voto do relator, à unanimidade, conheceram e negaram provimento ao recurso interposto pelo suplicante para, em reconhecendo *ex-officio* sua carência de interesse processual, à míngua de utilidade julgar extinta, sem resolução de mérito a medida cautelar, nos moldes do art. 267, VI, § 3º, do Código *Buzaid* e, ainda, conhecer e negar provimento ao recurso adesivo manejado pela Suplicada, mantendo inalterada a verba honorária fixada na Sentença objurgada, diante da pequena complexidade da causa e do trabalho intelectual realizado.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Desembargador Ricardo Fontes, com voto, e dele participou o Exmo. Desembargador Salim Schead dos Santos.

Florianópolis, 24 de fevereiro de 2011.

Rodrigo Antônio
RELATOR

Apelação Cível n. 2011.011087-9, de Ituporanga

Relator: Des. Rodrigo Antônio

APELAÇÃO CÍVEL. BUSCA E APREENSÃO. INICIAL INDEFERIDA. MORA. CONSTITUIÇÃO IRREGULAR. EXORDIAL INSTRUÍDA COM NOTIFICAÇÃO PREMONITÓRIA ESTRANHA À LIDE PROPOSTA E CÓPIA DA CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO. EQUÍVOCO IMPUTÁVEL AO PATRONO CONSTITUÍDO PELO AUTOR. REALIZAÇÃO DO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE IMPOSTO POR LEI AO MAGISTRADO INJUSTIFICADAMENTE AUSENTE. EMENDA DA VESTIBULAR. OPORTUNIZAÇÃO QUE SE IMPUNHA. ART. 284, *CAPUT*, DO *CODEX INSTRUMENTALIS*. NORMA COGENTE. AFRONTA MANIFESTA. SENTENÇA CASSADA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

A eventual incúria ou desídia por parte do patrono constituído pela parte autora, que instrui a peça póstica com documentos imprestáveis ou, ainda, o que é pior, dissociados da ação proposta, não rende ensanchas à liberação do magistrado de sua obrigação precípua, no exercício da jurisdição de, já quando instaurada a demanda realizar, desde logo, a análise do juízo de sua admissibilidade cotejando, atentamente, não só o pedido, como também a causa de pedir, com o ordenamento jurídico positivado, tanto de natureza material como formal, estas últimas elencadas expressamente nos artigos 282 *usque* 284, da Lei Adjetiva Civil.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2011.011087-9, da comarca de Ituporanga (2ª Vara), em que é apelante BV Financeira S/A, e apelada Maria Ireni Maeberg Rech:

ACORDAM, em Primeira Câmara de Direito Comercial, por votação unânime, conhecer e dar provimento ao recurso, para cassar a sentença e determinar o retorno dos autos à origem, visando o seu regular processamento. Custas legais.

RELATÓRIO

Perante a 2ª Vara da Comarca de Ituporanga, BV Financeira S/A, aforou ação de busca e apreensão em face de Maria Ireni Maeberg Rech, lastreada em cédula de crédito bancário com cláusula de alienação fiduciária, visando a busca e apreensão, inclusive em caráter liminar, do bem descrito e individualizado na exordial e, ao final, a consolidação da posse e propriedade do referido Bem ao argumento de que a demandada, sua mutuária, em favor de quem liberados recursos financeiros para a aquisição do veículo alienado fiduciariamente, das 60 parcelas avençadas para resgate do mútuo celebrado, representado pela cédula de crédito bancário de n. 750081388 veio a honrar, tão somente 03 prestações, encontrando-se, de há muito, inadimplente, mesmo após cientificada de sua mora.

Sem que angularizada a relação jurídico-processual e, ao argumento de que não restara a devedora constituída em mora, houve por bem a togada *a quo* em indeferir, liminarmente a exordial, julgando extinto o processo sem resolução de mérito, nos moldes do art. 267, I e IV, do CPC, por ausente pressuposto de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo, condenando a autora no pagamento das despesas processuais, contra o que veio esta a se insurgir interpondo recurso de apelação no qual, por reputar indevida a extinção do processo, sem que oportunizada a emenda da inicial, pugna pela reforma da Sentença objurgada, dando-se regular prosseguimento à demanda instaurada.

Ausentes as contrarrazões, por não formada a relação processual, ascenderam os autos a esta Corte e, após distribuídos a este Órgão Fracionário, vieram-me conclusos.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto por credor fiduciante, colimando a reforma da Sentença que, em sede de ação de busca e apreensão fundada no Decreto-Lei n. 911/69, indeferiu a vestibular liminarmente e extinguiu o processo sem resolução de mérito.

De perfunctória análise a todo o processado verifica-se, *primo actu oculi*, que a Instituição Financeira apelante, na condição de mutuante e credora fiduciante, está a residir em Juízo postulando a busca e apreensão de Bem gravado com cláusula de alienação fiduciária em seu favor, figurando no polo passivo da relação processual sua mutuária e devedora fiduciária, MARIA IRENI MAEBERG RECH, apontada como inadimplente.

A togada responsável pela Unidade Jurisdicional a quem distribuídos os autos, impressionada com o teor da certidão lançada ao verso da notificação premonitória que instruiu a vestibular, dando conta de que a notificação deixou de ser realizada por se encontrar a mesma residindo em cidade diversa, com endereço ignorado, com açodamento ímpar e, tudo indica, com os olhos voltados tão só aos mapas estatísticos de produtividade ignorando ainda, que é dever imposto por Lei ao magistrado a realização do denominado “juízo de admissibilidade” a todo e qualquer requerimento formulado pelas partes litigantes, com especial relevo aos petitórios inaugurais, não hesitou em fulminar, *ab ovo*, a peça vestibular ofertada pela ora apelada, julgando extinto o processo, por entender imprestável a constituição em mora da devedora olvidando, contudo que, a malsinada notificação em cujo verso foi lançada a certidão na qual “apegou” para lançar o provimento judicial invectivado tinha como destinatária uma

terceira pessoa, de nome MARINALDE NOLLI CARDOSO, e não a demandada/mutuária, MARIA IRENI MAEBERG RECH, o que deixa à calva a incúria ou desídia do patrono da autora na defesa dos interesses desta mas não justifica, em absoluto, o desprezo do julgador pelas obrigações que, por dever de ofício, lhe são impostas por Lei no desempenho de suas atribuições mesmo porque se ao magistrado, na condução do processo, é vedado o interesse na causa ou, ainda, dispensar tratamento diferenciado aos litigantes, de outro não lhe é facultado e, muito menos assegurado o direito de portar-se como mero expectador inerte do desenrolar do litígio.

E diz-se isto porquanto, não bastasse olvidada como o foi, a circunstância de o subscritor da peça exordial havê-la instruído com cópia de notificação encaminhada a uma terceira pessoa, distinta daquela contra quem está a demanda a ser direcionada, tornando-a imprestável ao fim a que se destina, também olvidou a togada sentenciante o fato, de todo relevante, de haver a inicial sido instruída com mera cópia da Cédula de Crédito Bancário (fls. 13/14) da qual deriva, não só o direito creditório da mutuante como também e, principalmente, a garantia do resgate integral do capital mutuado representada por alienação fiduciária.

Aliás, bom se diga que não se constitui em qualquer novidade que a Cédula de Crédito Bancário, instituída pela Lei nº 10.931/2004, a par de erigida à condição de título executivo extrajudicial também é passível de vir a ser transferida por endosso a terceiros (art. 29, §§ 1º e 3º) e, se assim o é, nada obsta venha tal título a ser colocado em circulação.

Se assim o é e, partindo-se de tal premissa, para que se torne viável o manejo de qualquer procedimento por parte do mutuante em face da mutuária, decorrente do inadimplemento contratual por parte desta, inarredável comprove àquele, *ab initio*, a continuidade de sua condição de titular dos direitos derivados do contrato apontado como inadimplido, pois como já proclamado *O entendimento jurisprudencial com relação ao*

disposto no artigo 614, inciso I, do CPC, é no sentido de ser exigível o original do título executivo extrajudicial quando este corresponder a título passível de circular. (TRF 2ª R. – Agr. Inst. 2005.02.01.007588-9 – 8ª T. – Rel. Juiz Fed. Conv. Guilherme Calmon Nogueira da Gama – DJU 18/12/2006 – p. 760).

Não discrepa de idêntico posicionamento esta Corte quando, em diversas ocasiões, assim também já assentou:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO. NECESSIDADE DE ACOSTADA DA VIA ORIGINAL. APLICAÇÃO DAS NORMAS CAMBIAIS. TÍTULO DE CRÉDITO TRANSFERÍVEL POR ENDOSSO. INCIDÊNCIA DA LEI N. 10.931/04. DECISÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. “Tratando-se de títulos circuláveis por endosso, como são a cédula de crédito bancário (Lei n. 10.931, art. 29, § 1º) e a nota promissória, para autorizar a ação de busca e apreensão de bem alienado fiduciariamente, esses títulos, além de protestados, devem vir a juízo em seus respectivos originais” (TJSC, Ap. Civ. n. 2007.042322-3, de Joinville, Rel. Des. Trindade dos Santos, j. em 23-10-07). (Agr. Instr. N. 2007.050813-6, de Joinville. Rel. Ricardo Fontes. j. em: 12/5/2008).

Registre-se desde logo, para que não parem dúvidas que, com efeito, por força do disposto no art. 2º, § 2º, do Decreto-Lei nº 911/69 erige-se, em *conditio sine qua non* e, portanto, pressuposto de admissibilidade ao manejo da ação de busca e apreensão de bem gravado com cláusula de alienação fiduciária, a regular constituição em mora do devedor, seja através do Cartório de Títulos e Documentos na forma de carta registrada ou, ainda, alternativamente, pelo protesto do título, constituição em mora esta precedendo à propositura da *actio* posto que, como já enunciado no verbete da Súmula 72, editada pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça *A comprovação da mora é imprescindível à busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente.*

Entrementes, em saltando aos olhos, como efetivamente salta que, por incúria, descaso ou, quem sabe, até mesmo por equívoco, a que todo o Ser Humano está sujeito, veio o subscritor da peça póstica a instruí-la com documentos inservíveis ou dissociados da demanda proposta, inarredável se fazia e se faz o atendimento e fiel observância à norma legal cogente insculpida no art. 284, *caput*, do *Codex Instrumentalis* estabelecendo, sem deixar margem à exegeses no sentido de que *Verificando o juiz que a petição inicial não preenche os requisitos exigidos nos arts. 282 e 283, ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor a emende, ou a complete, no prazo de 10 (dez dias).*

Ora, em não havendo sido oportunizado à parte Autora o prazo legal para a juntada aos autos, tanto do documento faltante que não acompanhou a peça inaugural, como também do original de onde deriva o direito creditório reclamado, que alicerça a demanda proposta o indeferimento liminar da vestibular, com a conseqüente extinção do processo se apresenta, *venia concessa*, tal qual já dito alhures, deveras açodado e que, por afrontar, literalmente, o ordenamento jurídico positivado, não pode subsistir, merecendo assim cassado a fim de que, na origem, venha a ser dado efetivo cumprimento ao estatuído no art. 284, *caput*, do Código *Buzaid* porquanto, como já assentado por este Órgão Fracionário *“Ofende o art. 284 do CPC o acórdão que declara extinto o processo, por deficiência da petição inicial, sem dar ao autor a oportunidade para suprir a falha”* (STJ, REsp n. 114.092/SP, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJU de 4-5-1998) (Apelação Cível n. 2008.067861-8, de Porto União, Rel. Des. Ricardo Fontes, julgado em 4/12/2008).

Pelos motivos exaustivamente elencados, conheço e dou provimento ao recurso para cassar a Sentença hostilizada, com o retorno dos autos ao Juízo *a quo* oportunizado-se prazo para que a apelante traga aos autos tanto o correto documento comprobatório da constituição em mora de

sua devedora, precedendo a propositura da ação, como também da Cédula de Crédito Bancário em seu original.

DECISÃO

Nos termos do voto do relator, à unanimidade, conheceram do recurso e deram-lhe provimento, para cassar a sentença e determinar o retorno dos autos ao juízo de origem, visando o seu regular processamento.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Desembargador Ricardo Fontes, com voto, e dele participou o Exmo. Desembargador Salim Schead dos Santos.

Florianópolis, 24 de março de 2011

Rodrigo Antônio
RELATOR

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

AGRAVO DE INSTRUMENTO

Agravo de Instrumento n. 2010.031117-9, de Videira

Relator: Des. Jorge Luiz de Borba

IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS CABÍVEIS TANTO NA HIPÓTESE DE ACOLHIMENTO QUANTO NA DE REJEIÇÃO. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. RECURSO A QUE SE EMPRESTA PROVIMENTO.

Sob pena de afronta ao princípio da isonomia, cuja base está no *substantive due process of law* (art. 5º, LIV, da *Lex Mater*), há que se fixar honorários advocatícios quer acolhida ou rejeitada a impugnação ao cumprimento de sentença (art. 475-L e 475-M do CPC, incluídos pela Lei n. 11.232/2005).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2010.031117-9, da comarca de Videira (2ª Vara Cível), em que é agravante Jean Carlo Priamo e agravada Brasil Telecom S/A:

ACORDAM, em Segunda Câmara de Direito Comercial, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe provimento para fixar os honorários advocatícios na impugnação ao cumprimento de sentença em R\$ 10.000,00 (dez mil reais). Custas legais.

RELATÓRIO

Jean Carlo Priamo interpôs agravo de instrumento contra a decisão que rejeitou a impugnação ao cumprimento de sentença que move em face de Brasil Telecom S/A sem fixar honorários advocatícios. Refere que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e desta Corte corroboraria a necessidade de estipulação da verba honorária no incidente de impugnação.

Como não houve pedido de antecipação da tutela recursal, o Exmo. Sr. Des. Subst. Paulo Roberto Sartorato tão somente determinou a redistribuição dos autos (fls. 119-122).

Intimada (fl. 126), a parte adversa deixou o prazo destinado às contrarrazões transcorrer *in albis* (fl. 127).

VOTO

O recurso preenche os pressupostos de admissibilidade. Passa-se ao exame das suas razões.

Cinge-se a *quaestio* a saber se é possível a fixação de honorários advocatícios caso oposta impugnação à execução de sentença, na forma dos arts. 475-L e 475-M do CPC, incluídos pela Lei n. 11.232/2005.

A jurisprudência se firmou no sentido da necessidade de estipulação de verba honorária no cumprimento de sentença, mas grassa forte controvérsia no tocante ao cabimento dessa verba na impugnação ao cumprimento de sentença.

Não se desconhece que há posicionamento desta Corte no sentido de que os honorários só devem ser estipulados caso seja a impugnação acolhida e, conseqüentemente, extinto o processo. Nesse sentido: AI n. 2007.049387-3, da Capital, rel. Des. Eládio Torret Rocha, j. 7-4-2008; AI n. 2009.019807-2, de Jaraguá do Sul, rel. Des. Ricardo Fontes, j. 24-9-2009; AI n. 2008.006122-2, de São Miguel do Oeste, rel. Des. Luiz

Cézar Medeiros, j. 24-6-2009; AI n. 2007.030853-6, de Santa Cecília, rel. Des. Marcus Tulio Sartorato, j. 12-2-2008.

No entanto, *data venia*, tal exegese fere o princípio da isonomia, calcado no do devido processo legal (art. 5º, LIV, da *Lex Mater*), uma vez que, acolhida ou não a impugnação, ambos os patronos terão laborado em defesa de seus clientes, e não há sentido em remunerar apenas um dos eventuais vitoriosos. A discrepância de tratamento aflora evidente ao se cogitar da possibilidade de acolhimento parcial da impugnação, hipótese em que qualquer das soluções possíveis à luz do aludido entendimento – remunerar apenas o patrono de uma das partes ou não remunerar qualquer deles – se apresentará flagrantemente injusta.

Cassio Scarpinella Bueno, sobre o tema, explana:

Questão que me parece das mais relevantes é a de saber se, no caso de ser necessária a prática de atos executivos para o cumprimento da sentença na forma como escrevi de início, o advogado do credor, agora exequente no sentido processual técnico da palavra, terá direito a honorários, honorários estes que serão somados aos arbitrados anteriormente na “condenação”, que é, justamente, o título executivo judicial a exigir o seu cumprimento *forçado* (inciso I do art. 475-N). [...] Será que é o caso de o juiz, quando o devedor não cumprir voluntariamente o julgado, na forma do *caput* do art. 475-J, arbitrar (novos) honorários para remunerar o profissional pelas atividades destinadas ao cumprimento (forçado) da sentença que tem início?

Minha resposta a estas questões é no sentido de que são devidos honorários advocatícios para a “fase” ou “etapa” de execução – assim entendidas as atividades executivas que terão início, a pedido do exequente, esgotado *in albis* o prazo a que se refere o *caput* do art. 475-J -, sem prejuízo de uma eventual (e muito provável) condenação anterior nesta verba como forma de remuneração do advogado na “fase” ou etapa de conhecimento e, eventualmente – e aqui a discussão em sede de doutrina e jurisprudência é bastante mais intensa -, na “fase” ou “etapa” de *liquidação*, assim entendida a liquidação por arbitramento ou artigos. Esta diretriz, no que diz

respeito ao cumprimento de sentença, parece-me decorrer “naturalmente” da incidência do próprio art. 20, § 4º, na espécie, que, portanto, não foi derogado. Até porque este dispositivo não faz menção a “*processo de execução*”, a comportar interpretação mais ampla para incidir toda a vez que se fizerem necessárias “*atividades executivas*”, sem necessidade de qualquer alteração legislativa, mas, apenas e tão somente, de sua compreensão no *contexto* mais recente do Código de Processo Civil, no atual *sistema* do processo civil.

Desta forma, não cumprindo o julgado tal qual constante da “*condenação*” (o título executivo judicial), o devedor, já executado, torna-se responsável pelo pagamento do total daquele valor acrescido da multa de 10%, esta calculada na forma do n. 4.3, *infra*, e honorários de advogado que serão devidos, sem prejuízo de outros, já arbitrados pelo trabalho desempenhado pelo profissional na “*fase*” ou “*etapa*” de “*conhecimento*”, pelas atividades que serão, a partir daquele instante, *necessárias ao cumprimento forçado* ou, simplesmente, *execução*, do julgado.

Não vejo, pelo que acabei de escrever, como negar a subsistência do arbitramento bastante usual no início do “*processo de execução*”, agora “*fase*” ou “*etapa*” *executiva*, dos honorários de advogado na hipótese de “*não-pagamento*” pelo devedor. [...]

E se o executado pretender voltar-se à prática dos atos executivos na forma como admite o art. 475-J, § 1º (até para sustentar, por exemplo, que não cabem honorários de advogado na “*fase*” de execução e que, portanto, está a sofrer uma execução *excessiva*), desta sua iniciativa caberão novos honorários de advogado? É perguntar: a “impugnação” regida pelos arts. 475-L e 475-M enseja a condenação do “vencido” no pagamento de honorários de advogado? Minha resposta a todas estas interrogações é positiva pelas mesmas razões que acabei de expor. Defendo, também aqui, a interpretação ampla que, há pouco, emprestei para o § 4º do art. 20. Acrescento, em complemento, que, embora a “impugnação” a que acabei de fazer referência tenha vindo para *abolir* o “processo de embargos à execução”, hoje subsistente, apenas, para as execuções fundadas em título *extrajudicial*, não há como negar que o *incidente* que sua apresentação fará surgir, justifica, por si só, a aplicação do comando do art. 20, § 1º, entendendo-se, ao lado das “despesas” aí referidas, também os honorários de advogado (grifou-se; *A nova etapa da re-*

forma do Código de Processo Civil, vol. 1, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2006, págs. 84-87).

Paulo Henrique Lucon, sobre o tema, é enfático:

Os honorários advocatícios são devidos na impugnação ao cumprimento de título judicial porque, na verdade, ela tem origem próxima nos embargos à execução, que têm sabidamente natureza jurídica de ação. As verbas de sucumbência aqui decorrem da simples aplicação do princípio da causalidade. Assim, quem deu causa à impugnação tem responsabilidade por todo o seu custo: os profissionais que atuaram na fase de impugnação devem ser remunerados condignamente e a verba honorária a ser fixada deve levar em conta os limites da impugnação, dentro dos percentuais fixados no § 3º do art. 20 do Código de Processo Civil (Antonio Carlos Marcato, Carlos Alberto Carmona, Cassio Scarpinella Bueno *et alii*, *Código de Processo Civil interpretado*, 3 ed., São Paulo: Atlas, 2008, págs. 1.608-1.609).

É também o entendimento de Carlos Alberto Silveira Lenzi:

Com a vigência da Lei n. 11.232/05 a execução de sentença condenatória tornou-se uma fase ou etapa a mais do processo de conhecimento, perdendo a sua autonomia. Pela nova sistemática, o cumprimento da sentença, o juiz determina a citação do devedor para pagar a quantia apontada na decisão mais os honorários advocatícios. Não adimplida a obrigação nos 15 (quinze) dias após a citação, o juiz aplicará a multa prevista no art. 475-J/CPC, requerida pelo credor, expedindo-se mandado de penhora e avaliação.

Entendemos, entretanto, que, se o devedor embargar a execução e, conseqüentemente desenvolvida uma cognição sumária ou não, ao decidir sentenciando, o juiz deve aplicar ao executado – embargante – nova cominação honorária, na forma do § 4º do art. 20/CPC, que em momento algum foi revogado.

Comungamos assim com as opiniões de Cassio Scarpinella Bueno e Guilherme Federico Ramos, pois que, mesmo abolida a autonomia do processo de execução de título judicial, considerada mais uma etapa do processo de conhecimento, sendo opostos embargos do devedor pelo executado, incidem os honorários advocatícios prudentemente fixados pelo juiz, na forma do § 4º do art. 20/CPC (O

novo Processo de Execução – Lei n. 11.232/05 e 11.382/06, 1ª ed., Florianópolis: Conceito Editorial, 2007, p. 83).

Há que se destacar, por derradeiro, que a fixação da verba honorária na impugnação deve ser prestigiada também por conta do desestímulo à litigiosidade, consequência indireta da estipulação de qualquer verba sucumbencial.

Portanto, provê-se o recurso e fixam-se os honorários em R\$ 10.000,00 (dez mil reais), forte no art. 20, § 4º, do CPC, e tendo em vista que o cumprimento almeja a satisfação de crédito no valor de R\$ 92.870,11 (noventa e dois mil, oitocentos e setenta reais e onze centavos) na data-base de 23-8-2007 (fl. 58), e que a impugnação buscava atingir a totalidade do *quantum* perseguido.

DECISÃO

Ante o exposto, à unanimidade, decidiu a Segunda Câmara de Direito Comercial conhecer do recurso e dar-lhe provimento para fixar os honorários advocatícios na impugnação ao cumprimento de sentença em R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Jorge Schaefer Martins, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Subst. Altamiro de Oliveira.

Florianópolis, 6 de dezembro de 2010.

Jorge Luiz de Borba
RELATOR

APELAÇÃO CÍVEL

Apelação Cível n. 2010.009038-5, de São Bento do Sul

Relator: Des. Jorge Luiz de Borba

AÇÃO DE FALÊNCIA AJUIZADA SOB O RITO DA LEI N. 11.101/2005. EXTINÇÃO DO PROCESSO *IN LIMINE LITIS* SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO POR SE TRATAR, SUPOSTAMENTE, DE DEMANDA DEFLAGRADA COMO SUCEDÂNEO DE AÇÃO DE EXECUÇÃO. INAPLICABILIDADE DA EXCEÇÃO APÓS A VIGÊNCIA DA NOVA LEI DE FALÊNCIAS, CUJO ART. 94, I, ESTIPULOU UM VALOR MÍNIMO PARA A QUEBRA MOTIVADA PELA IMPONTUALIDADE. REQUISITOS LEGAIS, NO MAIS, CUMPRIDOS NA ESPÉCIE. RECURSO A QUE SE EMPRESTA PROVIMENTO.

Sob a égide da Nova Lei de Falências, desnecessário perquirir se o intento do credor é, meramente, cobrar quantia líquida, ou se se está usando o processo falimentar como sucedâneo de processo de execução, pois há agora, em seu art. 94, I, uma presunção *juris et de jure* de que a existência de débito em quantia superior a 40 (quarenta) salários mínimos é socialmente relevante a ponto de justificar a decretação da quebra.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2010.009038-5, da comarca de São Bento do Sul (1ª Vara), em que é apelante Over Comercial Exportadora Ltda. e apelado San Antônio Móveis Ltda.:

ACORDAM, em Segunda Câmara de Direito Comercial, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe provimento para anular a sentença recorrida. Custas legais.

RELATÓRIO

Over Comercial Exportadora Ltda. requereu a falência de San Antônio Móveis Ltda. Aduziu ser credora de R\$ 92.491,08 (noventa e dois mil, quatrocentos e noventa e um reais e oito centavos), representados por cheques e duplicatas protestados por falta de pagamento e para fins falimentares. Instruiu seu pleito, ainda, com certidão positiva de protestos emitida pelo cartório local, bem assim com extrato de débitos registrados na Serasa. Ressaltou, outrossim, que o capital social informado no seu contrato social – apenas R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) – não basta para o adimplemento dos débitos da demandada.

Determinou-se a emenda à inicial, a fim de que a autora comprovasse “a regularidade de suas atividades, por certidão da junta comercial, pena de indeferimento da inicial” (fl. 148).

Cumprida a providência (fls. 167-169), sobreveio sentença de extinção do feito sem resolução do mérito, a qual albergou o entendimento de que um dos protestos seria irregular e, também, de que o processo falimentar estaria sendo utilizado com o propósito de cobrança, em desvirtuamento de sua finalidade (fls. 170-173).

Inconformada, a autora interpôs apelo salientando que a irregularidade formal em um dentre dezessete protestos não impede o processamento do pedido de falência como um todo. Além disso, enfatiza que o passivo da demandada gira, hoje, em torno de R\$ 11.000.000,00 (onze milhões de reais) perante mais de 300 (trezentos) credores, causando a estes e aos seus empregados muito mais prejuízos do que o fará o decreto falencial. Após tecer outras considerações sobre a precária situação financeira da ré, insiste em que os requisitos previstos no art. 94 da Lei n. 11.101/2005 estariam cumpridos, pelo que clama seja provido o recurso e decretada a quebra postulada.

Sem contrarrazões – porquanto ainda não angularizada a relação jurídica-processual –, ascenderam os autos a esta Corte e vieram conclusos para julgamento.

VOTO

O recurso preenche os pressupostos de admissibilidade. Passa-se à análise das suas razões.

Insurge-se a recorrente contra sentença que, *in limine litis*, extinguiu processo de falência ao argumento de que estaria sendo utilizado como sucedâneo de ação de cobrança, bem assim por conta da irregularidade em um dos protestos levados a efeito pela requerente.

Afirma a apelante, em síntese, que os requisitos previstos no art. 94 da Lei n. 11.101/2005 estão cumpridos, que a situação econômico-financeira da apelada é péssima e que a irregularidade em apenas um dos protestos não impede o processamento do pleito falimentar.

Razão lhe assiste.

Prevê o art. 94 da Nova Lei de Falências (Lei n. 11.101/2005):

Art. 94. Será decretada a falência do devedor que:

I – sem relevante razão de direito, não paga, no vencimento, obrigação líquida materializada em título ou títulos executivos protestados cuja soma ultrapasse o equivalente a 40 (quarenta) salários-mínimos na data do pedido de falência;

[...]

§ 3º Na hipótese do inciso I do *caput* deste artigo, o pedido de falência será instruído com os títulos executivos na forma do parágrafo único do art. 9º desta Lei, acompanhados, em qualquer caso, dos respectivos instrumentos de protesto para fim falimentar nos termos da legislação específica.

Diferentemente da revogada Lei de Falências, o atual cânone, para a hipótese de quebra por impontualidade, prevê um limite – de 40 (quarenta) salários mínimos – abaixo do qual o pedido não pode ser admitido.

É o que decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

FALÊNCIA. VALOR MÍNIMO. PROCESSO AJUIZADO SOB A ÉGIDE DO DECRETO-LEI 7.661/45 – INTERPRETAÇÃO DE ACORDO COM OS PRINCÍPIOS DA NOVA LEI DE FALÊNCIAS – ART. 94, 1, DA LEI 11.101/2005 – VALOR MÍNIMO QUE DEVE SER OBSERVADO.

I – O artigo 1º do Decreto-lei 7.661/45 não leva em consideração a intenção do credor, para aferir os requisitos necessários à decretação da falência. Precedentes.

II – Após a Nova Lei de Falências (Lei 11.101/2005), não se decreta a falência fundada em crédito inferior a 40 (quarenta) salários mínimos da data do pedido de falência, devendo o art. 1º do Decreto-lei 7.661/45 ser interpretado à luz dos critérios que levaram à edição da Nova Lei de Falências, entre os quais o princípio da preservação da empresa.

III – Recurso Especial improvido (REsp n. 805.624/MG, rel. Min. Sidnei Beneti, j. 23-6-2009).

Nesse contexto, sob a égide da Nova Lei de Falências, não é mais possível extinguir processos falimentares sem resolução do mérito ao argumento de que o intento do credor é de mera cobrança de quantia líquida, de que se está usando o processo falimentar como sucedâneo de processo de execução, pois há agora uma presunção *juris et de jure* de que a existência de débito em quantia superior àquele limite é socialmente relevante a ponto de justificar a decretação da quebra.

É o que explana, com clareza solar, Fábio Ulhoa Coelho:

Um dos objetivos da reforma da lei falimentar de 2005 foi a de desmotivar o uso do pedido de falência como mero instrumento de cobrança de obrigação líquida. Este objetivo se intentou mediante o estabelecimento de um valor mínimo para o crédito inadimplido

que legitima o credor ao pedido, com base na impontualidade injustificada de quarenta salários-mínimos.

Convém ressaltar, contudo, que, mesmo tendo sido este um dos objetivos da nova lei, uma vez atendido ao requisito do valor mínimo, não cabe ao juiz pesquisar outros elementos que pudessem eventualmente indicar que a intenção do requerente era menos a instauração do concurso e mais a pura e simples satisfação de seu crédito. Atendido o valor mínimo, presume-se absolutamente que a intenção do requerente é a quebra do devedor, não podendo o juiz perscrutá-la além desse parâmetro objetivo.

Assim decidiu o TJSP, em Acórdão relatado pelo Des. Elliot Ackel: “O estado falencial verifica-se com a situação de insolvência do comerciante que é presumida, em razão do não pagamento da data aprazada de obrigação líquida constante do título que legitime a execução. Comprovados que estão os requisitos objetivos exigidos pela lei para a apreciação do pedido de falência, não se vê razão para que o juiz imiscua-se na subjetividade do requerente para dela extrair a sua verdadeira intenção, pois é evidente que, como credor, sempre pretenderá, direta ou indiretamente, a satisfação de seu crédito” (Apelação Cível sem Revisão 453.401-4/4-00) (*Comentários à Lei de Falências e de recuperação de empresas*, 7ª ed., São Paulo: Saraiva, pp. 296-297).

Note-se, ademais, que mesmo sob a égide do Decreto-lei n. 7.661/1945, o Superior Tribunal de Justiça pronunciava-se contra o entendimento adotado pelo MM. Juízo *a quo*:

FALÊNCIA - REQUERIMENTO - PEQUENO CREDOR - LICITUDE - INDEFERIMENTO - SUBSTITUIÇÃO DO PROCESSO EXECUTIVO - ABUSO INEXISTENTE

1. O Ordenamento jurídico põe à disposição do credor lesado por inadimplemento de comerciante, dois caminhos, absolutamente lícitos, a saber:

a) o primeiro – linear e barato – que é requerer a declaração da falência materializada pelo inadimplemento. Esta via, apesar de mais cômoda, é mais arriscada. De fato, se o devedor por descuido ou falta de dinheiro, não pagar no prazo assinalado, instaura-se o processo falimentar e a nota promissória perde a força executiva, para tornar-se reles título quirografário, despido de qualquer preferência;

b) a segunda via é a cobrança executiva. Para percorrê-la, o credor é obrigado a localizar bens do devedor, indicá-los à penhora, pagar o oficial de justiça, para que efetue a citação e, depois, para que consuma a penhora. Depois, com o processo suspenso, o exequente é obrigado a esperar o julgamento dos embargos. Por último, decorridos vários anos, é compelido a despendar mais dinheiro, para os editais de praça ou leilão. Como se vê, este segundo caminho é consideravelmente lento e dispendioso. Obrigar o pequeno credor a segui-lo é colocar o Poder Judiciário a serviço do mau pagador, em patente injustiça.

2 - Para obviar a declaração de falência o comerciante solvente e decente deve resgatar seus títulos, no próprio dia do vencimento. Em caso de protesto, honra a obrigação imediatamente, ou informa ao oficial de protesto, os motivos que justificam o não pagamento. Por exigir decência de todos os comerciantes, o Direito Positivo enxerga na inadimplência um sinal inconfundível de insolvência.

3 - Em constatando que o comerciante “sem relevante razão de direito” não pagou, no vencimento, obrigação líquida, constante de título que legitime ação executiva, cumpre ao juiz declarar a falência. Não lhe é lícito furtar-se à declaração, a pretexto de que o credor está usando o pedido de falência, como substitutivo da ação de execução (REsp n. 515285/SC, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 20-4-2004; grifou-se).

Excetuava a jurisprudência daquela Corte, tão somente, a falência embasada em crédito de valor insignificante. Nesse sentido: REsp n. 959695/SP, rel.^a Min.^a Nancy Andrighi, j. 17-2-2009.

Mas não é essa a hipótese.

O pleito falimentar é baseado no protesto de 17 (dezessete) títulos, dentre cheques e duplicatas mercantis, cujos valores, somados, alçavam R\$ 92.491,08 (noventa e dois mil, quatrocentos e noventa e um reais e oito centavos) na data-base de 14-8-2009, o que supera em muito o piso de 40 (quarenta) salários mínimos, legalmente estabelecido.

Ademais, a certidão de fls. 40-82 revela a existência de nada menos que 356 (trezentos e cinquenta e seis) títulos protestados em desfavor da deman-

dada. Não bastasse isso, a “comunicação de arbitragem” colacionada às fls. 201-204 expõe que a requerida estaria a dever cerca de R\$ 11.000.000,00 (onze milhões de reais). Nesse passo, como o contrato social da ré (fls. 17-25) informa um capital social de apenas R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), sua situação de insolvência sobressai evidente.

Por outro lado, a irregularidade formal do instrumento de protesto de fl. 117, alusivo a cheque no valor nominal de R\$ 10.498,04 (dez mil, quatrocentos e noventa e oito reais e quatro centavos), consistente aquela na falta de especificação de que se cuidava de protesto “para fins falimentares”, não afeta o pleito inaugural, mormente se considerado que, mesmo se deduzido esse valor, o *quantum debeatur* permanece superior ao piso legal.

Assim, uma vez caracterizada a existência de interesse de agir subjacente à presente demanda, impõe-se seja dado provimento ao recurso para cassar a sentença recorrida e determinar o prosseguimento do feito na forma da Lei n. 11.101/2005.

DECISÃO

Ante o exposto, à unanimidade, decidiu a Segunda Câmara de Direito Comercial conhecer do recurso e dar-lhe provimento para anular a sentença recorrida.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Jorge Schaefer Martins, com voto, e dele participou a Exma. Sra. Des.^a Rejane Andersen.

Florianópolis, 13 de dezembro de 2010.

Jorge Luiz de Borba
RELATOR

QUARTA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

APELAÇÕES CÍVEIS

Apelação Cível n. 2008.028863-9, de Araranguá

Relator: Des. José Carlos Carstens Köhler

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO MONITÓRIA. SENTENÇA QUE REJEITA OS EMBARGOS INJUNTIVOS. IRRESIGNAÇÃO DOS DEMANDADOS.

PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA DA VIÚVA MEEIRA. ACOLHIMENTO. ABERTURA DA SUCESSÃO NA VIGÊNCIA DO CÓDIGO CIVIL DE 1916. COMPANHEIRA NÃO CONSIDERADA HERDEIRA PELA NORMA ENTÃO VIGENTE. INVENTÁRIO CONCLUÍDO COM A REALIZAÇÃO DA PARTILHA ANTES DA PROPOSITURA DA DEMANDA MONITÓRIA. CIRCUNSTÂNCIA QUE TORNA APENAS OS HERDEIROS RESPONSÁVEIS PELO PAGAMENTO DA DÍVIDA DO FALECIDO. EXEGESE DA SEGUNDA PARTE DO ART. 1.796 DO CÓDIGO CIVIL DE 1916. INTERPOSIÇÃO DA AÇÃO INJUNTIVA TAMBÉM EM FACE DO ESPÓLIO. IMPOSSIBILIDADE, EM FACE DAS MESMAS PECULIARIDADES JÁ NARRADAS. RECONHECIMENTO, *EX OFFICIO*, DA IMPERTINÊNCIA SUBJETIVA PASSIVA DO ESPÓLIO QUE SE IMPÕE. EXTINÇÃO DO FEITO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO QUANTO AO ESPÓLIO E À VIÚVA MEEIRA QUE SE DESNUDA INARREDÁVEL.

PREFACIAL DE CARÊNCIA DE AÇÃO. ALEGADA AUSÊNCIA DE DESCRIÇÃO DA *CAUSA DEBENDI*. ORIGEM DA DÍ-

VIDA DESCRITA NO PRÓPRIO DOCUMENTO QUE EMBASA A DEMANDA, PERMITINDO AOS DEVEDORES A PLENA REALIZAÇÃO DE SUA DEFESA. AVENTADA AUSÊNCIA DE PROVA ESCRITA LÍQUIDA E CERTA. INOCORRÊNCIA. DOCUMENTO QUE INSTRUI A AÇÃO MONITÓRIA QUE CONTÉM A DESCRIÇÃO DA SUA ORIGEM, DO VALOR DO DÉBITO, DA FORMA DE PAGAMENTO E DO VENCIMENTO. PRELIMINAR REPELIDA.

AVENTADA NULIDADE DO PROCESSO POR AUSÊNCIA DE INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. VÍCIO SANADO PELA MANIFESTAÇÃO DO *PARQUET* NO CURSO DA AÇÃO, ATRAVÉS DA PARTICIPAÇÃO EM ATOS INSTRUTÓRIOS E DA EMISSÃO DE PARECER ANTES DA PROLAÇÃO DA SENTENÇA. INTERESSES DO INCAPAZ PROTEGIDOS. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. NULIDADE INOCORRENTE.

ARGUIÇÃO DE PRESCRIÇÃO FULCRADA NO DECURSO DO PRAZO ESTABELECIDO NO ART. 206, § 5º, INCISO I, DO CÓDIGO CIVIL VIGENTE. CONTAGEM DO LAPSO QUE TEM INÍCIO COM A EMISSÃO DO DOCUMENTO REPRESENTATIVO DA DÍVIDA. TRANSCURSO DE INTERREGNO INFERIOR A UM QUINQUÊNIO ENTRE A CONFISSÃO DO DÉBITO E A INTERPOSIÇÃO DA DEMANDA. PREJUDICIAL RECHAÇADA.

MÉRITO. DÍVIDA REPRESENTADA POR DOCUMENTO PARTICULAR. ELEMENTOS DOS AUTOS REVELADORES DA EXISTÊNCIA DO DÉBITO E DO SEU INADIMPLEMENTO. DEVER DE PAGAR INESCONDÍVEL. CONTEÚDO DO DOCUMENTO, ENTRETANTO, REVELADOR DA REALIZAÇÃO DE ABATIMENTO DO VALOR INICIAL DO DÉBITO EM MAIS DA METADE DO *QUANTUM* ORIGINAL. EXISTÊNCIA DE OUTROS ELEMENTOS NOS AUTOS RATIFICANDO A DIMINUIÇÃO DO MONTANTE DA DÍVIDA. IMPERATIVA REFORMA DA SENTENÇA PARA ACOLHER EM PARTE OS

EMBARGOS INJUNTIVOS, DETERMINANDO O EXPURGO DO EXCESSO DA QUANTIA INICIALMENTE EXIGIDA PELA CREDORA.

ÔNUS SUCUMBENCIAIS. EXCLUSÃO DE PARTES DO POLO PASSIVO DA DEMANDA. DEVER DA AUTORA DE ARCAR COM AS CUSTAS E VERBA HONORÁRIA. DEMAIS DEVEDORES. ACOLHIMENTO PARCIAL DOS EMBARGOS INJUNTIVOS, COM REDUÇÃO SIGNIFICATIVA DO MONTANTE BUSCADO NA EXORDIAL. CIRCUNSTÂNCIAS QUE DEMONSTRAM SEREM AMBAS AS PARTES VENCEDORAS E VENCIDAS, DEVENDO AS DESPESAS PROCESSUAIS, CUSTAS E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SEREM DISTRIBUÍDOS PROPORCIONALMENTE À VITÓRIA DE CADA LITIGANTE. EXEGESE DO ART. 21 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. VERBA HONORÁRIA. ESTIPULAÇÃO QUE DEVE OBEDIÊNCIA AO § 4º DO ART. 20 DO CÂNONE PROCESSUAL CIVIL, GUIADA PELOS BALIZAMENTOS CONTIDOS NAS ALÍNEAS “A”, “B” E “C” DO MESMO DISPOSITIVO LEGAL. COMPENSAÇÃO DO ESTIPÊNDIO OBSTADA, POR FORÇA DO ART. 23 DO ESTATUTO DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL.

RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2008.028863-9, da 2ª Vara Cível da Comarca de Araranguá, em que são apelantes Espólio de Eládio Patrício Nunes, Hélia Duarte Francisco, Samuel Duarte Nunes e Matheus Duarte Nunes, e apelada Palácio das Tintas Ltda.:

ACORDAM, em Quarta Câmara de Direito Comercial, por votação unânime, reconhecer, *ex officio*, a impertinência subjetiva passiva do Espólio de Eládio Patrício Duarte, acolher a prefacial de ilegitimidade passiva *ad*

causam de Hélia Duarte Francisco, rejeitar as demais preliminares e dar parcial provimento ao Apelo. Custas legais.

RELATÓRIO

Palácio das Tintas Ltda. propôs ação monitória – autos n. 004.05.002202-8 – em face de Espólio de Eládio Patricio Nunes, Hélia Duarte Francisco, Samuel Duarte Nunes e Matheus Duarte Nunes, objetivando a cobrança da quantia de 146.320,11 (cento e quarenta e seis mil, trezentos e vinte reais e onze centavos), acrescida de juros e correção monetária, totalizando o valor de R\$ 225.721,73 (duzentos e vinte e cinco mil, setecentos e vinte e um reais e setenta e três centavos), oriunda de um documento de confissão de dívida assinado pelo *de cujus* (fls. 2-3).

Acompanharam a inicial os documentos de fls. 4-12.

Uma vez citados (fl. 14 verso), os Requeridos apresentaram Embargos Injuntivos, alegando, em síntese (fls. 16-27): a) a ilegitimidade passiva de Hélia Duarte Francisco; b) a prescrição, com fulcro no art. 206, § 5º, inciso I, do Código Civil vigente; c) a carência de ação, em face da ausência de prova líquida e certa, e da falta de indicação e comprovação da *causa debendi*; d) a invalidade do documento que embasa a ação, porquanto é apócrifo, foi escrito pela própria pessoa que se diz credora, inexistente nele manifestação de vontade do Falecido, e não indica a origem da dívida; e) que a Autora jamais teve participação na Empresa do *de cujus* a ponto de lhe atribuir direitos sobre peças de pauta e de balcão; f) o induzimento do Falecido a assinar o documento supostamente representativo de dívida, aproveitando-se de seu estado de saúde debilitado; e g) alternativamente, em caso de procedência da pretensão inicial, a necessidade de redução do valor exigido, porquanto o documento de fl. 9 revela que o *de cujus* ofereceu R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) em mercadorias para pagamento

do débito, de modo que a dívida não poderia ser de R\$ 146.320,11 (cento e quarenta e seis mil, trezentos e vinte reais e onze centavos).

Apresentada a impugnação aos Embargos, com pedido de condenação dos Réus por litigância de má-fé (fls. 33-43), com juntada de documentos (fls. 44-46).

Realizada audiência de instrução e julgamento (fls. 72, 97 e 175), na qual se colheu o depoimento do representante legal da Autora (fl. 69), dos Réus (fls. 70-71), de uma das testemunhas arroladas pelos Embargantes (fl. 96) e de duas indicadas pela Embargada (fls. 176-178).

Empós apresentação das alegações finais pelas Partes (fls. 198-199 e 201-204), manifestou-se o *Parquet* pela rejeição dos Embargos (fls. 209-211).

Conclusos os autos, o Magistrado de origem julgou a lide nos seguintes termos (fls. 212-213):

Ante o exposto, REJEITO os presentes embargos monitórios, e, em consequência, CONVERTO o mandado monitório em mandado executivo, devendo prosseguir-se o mesmo como disposto no art. 1102c.

Condeno os embargantes no pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, os quais arbitro em R\$ 1.200,00, nos termos dos par. 3º e 4º do artigo 20 do CPC.

Irresignados com a prestação jurisdicional prestada na origem, os Réus apelaram (fls. 218-230), sustentando, em síntese: a) a nulidade do processo por falta de intervenção do Ministério Público; b) a ilegitimidade passiva *ad causam* de Hélia Duarte Francisco; c) a carência de ação por falta de comprovação da *causa debendi* e por ausência de prova escrita, líquida e certa do débito; d) a prescrição, com fulcro no art. 206, § 5º, inciso I, do CC; e) a ausência de provas do suposto débito perseguido pela *actio* e, sucessivamente, o reconhecimento da dívida somente no valor de R\$

16.768,88 (dezesseis mil, setecentos e sessenta e oito reais e oitenta e oito centavos), relativo ao fornecimento de mercadorias de estoque para abertura do estabelecimento comercial; e f) a inversão dos ônus de sucumbência.

Recebido o Recurso em ambos os efeitos (fl. 234) e vertidas as contrarrazões (fls. 237-247), os autos foram encaminhados à douta Procuradoria-Geral de Justiça, que opinou pelo desprovimento do Reclamo (fls. 251-255).

Na sequência, verificada a irregularidade da representação processual da Demandante, foi assinado o prazo de 15 (quinze) dias ao Subscritor das contrarrazões para regularizar a situação constatada, sob pena dos consectários legais (fl. 257), sendo a determinação cumprida às fls. 260-261.

É o necessário escorço.

VOTO

Para facilitar o entendimento, a análise das matérias será feita por tópicos.

1 Das preliminares

1.1 Da ilegitimidade passiva *ad causam*

A preliminar é agitada com base no argumento de que Hélia Duarte Francisco não teria tido qualquer participação no negócio que deu origem ao débito pretendido pela Autora, e que esta manteve união estável com o Falecido, não participando do espólio como herdeira, mas sim como viúva meeira, cabendo-lhe apenas sua meação sobre o patrimônio construído durante a união estável havida, de modo que o débito assumido exclusivamente pelo *de cuius* não poderia alcançar seu patrimônio.

A tese arguida merece acolhimento.

No caso vertente, colhe-se do documento de fl. 45 que a morte de Eládio Patrício Duarte ocorreu antes da entrada em vigor do atual Código Civil, seguindo a sucessão, portanto, os ditames do Cânone Civil de 1916.

E, de acordo com as informações dos autos, Hélia Duarte Francisco ostenta a qualidade de viúva-meeira, tendo direito à meação dos bens amealhados durante a união estável, mas não à herança, porquanto não era considerada herdeira ao tempo da abertura da sucessão – art. 1.603 do Código Civil de 1916.

Assim, com o falecimento do Devedor, abriu-se a sucessão, da qual fizeram parte todos os seus bens, devendo igualmente serem contabilizadas suas dívidas, respondendo a herança pelos débitos em aberto de responsabilidade do *de cuius*.

E, na hipótese em foco, houve a homologação da partilha em 01-10-03 – em conformidade com informação colhida junto ao SAJ – antes, portanto, da propositura da presente demanda monitória, de modo que feita a partilha, aplicável a segunda parte do art. 1.796 do Código Civil de 1916, que reza:

Art. 1.796. A herança responde pelo pagamento das dívidas do falecido; mas, feita a partilha, só respondem os herdeiros, cada qual em proporção da parte, que na herança lhes coube. (sublinhou-se).

Com base nas premissas suso estabelecidas, tem-se que ao tempo da propositura da ação monitória, como já havia terminado o inventário, tendo sido feita a partilha, somente os herdeiros – considerados estes os Filhos de Eládio Patrício Nunes – poderiam responder pela dívida do Falecido, até a força da herança e nos limites de seus quinhões.

A respeito do tema colhe-se das ensinanças de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery:

A morte do sujeito faz desaparecerem direitos e obrigações intransmissíveis. As obrigações transmissíveis são suportadas pelo monte-

-mor, até partilha, e pelos herdeiros, depois da partilha, até a força da herança e nos limites de seu quinhão. [...]

A dívida da herança deve ser suportada pelo monte-mor. Já antes da partilha os credores da herança fazem jus à satisfação de seu crédito. Se se der a partilha e ainda houver dívida da herança não satisfeita, o herdeiro responde por elas, até a força de seu quinhão hereditário e na proporção da parte que na herança lhe coube.

(*Código civil comentado*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 1337).

Destarte, imperativo o acolhimento da preliminar para reconhecer a ilegitimidade passiva *ad causam* de Hélia Duarte Francisco, e, de ofício, igualmente reconhecer a impertinência subjetiva passiva do Espólio de Eládio Patrício Nunes, com fulcro no art. 267, inciso VI, do Código Buzaid.

1.2 Da alegada carência de ação

Aduzem os Demandados dever ser reconhecida a carência de ação em face da ausência de declinação da *causa debendi* na inicial, bem como diante da falta de prova escrita líquida e certa a fundamentar o pedido.

Imerecem agasalho as alegações.

E isso porque em relação à suposta ausência de indicação da *causa debendi* no pórdico inaugural, ainda que de fato não tenha sido declinada no corpo da exordial, o documento representativo da dívida e que embasa a ação supre tal falha, na medida em que descreve pormenorizadamente a origem da dívida, permitindo aos Réus o exercício pleno de sua defesa.

Tanto é assim que os Embargos Monitórios foram apresentados já com a argumentação voltada à origem do débito, com a descrição fática dos acontecimentos ocorridos antes e depois da formalização do aludido documento particular, evidenciando de forma inequívoca que da forma como foi apresentada a inicial restou possibilitada a realização da defesa dos Devedores, não havendo, portanto, se falar em carência de ação.

Outrossim, igualmente não prospera a assertiva de que a inicial não estaria acompanhada de prova escrita líquida e certa, porquanto o documento de fl. 9 descreve a dívida, seu montante, a forma de pagamento e o vencimento, sendo hábil, portanto, a instruir o feito monitório.

Em idêntico sentido já proclamou esta Corte Estadual:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO MONITÓRIA. DOCUMENTO EMBAIXADOR PRODÚZIDO E ASSINADO SOMENTE PELO AUTOR. PRELIMINAR DE CARÊNCIA DA AÇÃO. INOCORRÊNCIA. COMPROVAÇÃO DA EXISTÊNCIA DE RELAÇÃO CONTRATUAL. PROVA ESCRITA SUFICIENTE. INTELIGÊNCIA DO ART. 1.102-A, CPC. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PLEITO DE MINORAÇÃO. DESCABIMENTO. MANUTENÇÃO DA VERBA. ART. 20, § 4º, DO CPC. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

“Qualquer documento idôneo, público ou particular, firmado ou não pelo devedor, presta-se à instauração do procedimento injuntivo, porquanto a legislação correlata reclama, exclusivamente, que nele reste plausível a existência de um direito ao recebimento de soma em dinheiro ou à entrega de coisa fungível ou de determinado bem móvel, aferível a critério do Togado, através de um juízo de verossimilhança.” (TJSC, Apelação cível n. 2007.049507-3, da Capital. Primeira Câmara de Direito Comercial. Rel. Des. RICARDO FONTES. Julgada em 10.04.2008)

(Apelação Cível n. 2008.078285-2, Rel. Des. Henry Petry Junior, j. 9-2-10).

Destarte, a preliminar de carência de ação resta defenestrada.

1.3 Da arguição de nulidade do processo por ausência de intervenção do Ministério Público

Suscitam os Réus a ocorrência de nulidade absoluta do feito a partir de fl. 58, por ausência de intervenção do Ministério Público.

Razão não lhes assiste.

Os fundamentos bem lançados e constantes do parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça revelam as nuances do caso concreto que devem ser levadas em consideração, merecendo transcrição o seguinte excerto da manifestação do ilustre Procurador de Justiça:

[...] Aduzem os apelantes que o Ministério Público deveria ter intervindo no feito desde a altura das fls. 58, porque há na lide interesse de menores.

Da análise dos autos nota-se que o representante do Ministério Público esteve presente nas audiências em que houve colheita de testemunhos (fls. 69/72, 96, 175/178). Além disto, ofereceu substancial parecer, opinando acerca das razões ventiladas no embargo oposto (fls. 209/211).

Aliás, é bom destacar que mesmo que o Ministério Público não tivesse participado de algum dos atos instrutórios, ainda assim não seria o caso de decretação imediata da nulidade do feito, porquanto é necessário comprovar efetivo prejuízo à parte tutelada. Sem prejuízo, incorre nulidade. (fl. 253).

Ora, da atenta análise do feito vislumbra-se que o *Parquet* se fez presente no processo, embora não em todos os atos instrutórios, mas participou daqueles em que sua presença se fez necessária.

Explica-se. Embora efetivamente não tenha comparecido nos atos de fls. 58 e 97, participou da inquirição de testemunhas (fls. 72 e 175), tendo se manifestado através do parecer de fls. 209-211, e ainda em segunda instância (fls. 251-255).

É preciso ressaltar que dos dois atos instrutórios nos quais o Ministério Público esteve ausente, no primeiro (audiência conciliatória de fl. 58) foi apenas deferida a produção das provas solicitadas pelas Partes, demonstrando-se a completa ausência de qualquer prejuízo ao interesse do Incapaz, e, por outro lado, no segundo ato (audiência de fl. 97) houve a inquirição de um funcionário do Falecido, cujo teor não influenciou de forma determinante ao deslinde da causa, de modo que mais uma vez não

se vislumbra prejuízo ao Incapaz diante da falta de participação do *Parquet* na aludida audiência.

Ademais, a ausência de prejuízo é confirmada pelo parecer minucioso de fls. 209-211, no qual o Representante do Ministério Público de primeiro grau opinou pela rejeição dos Embargos Monitórios, denotando de forma evidente a inexistência de nulidade do feito.

Assim, embora a regra encartada no art. 246 do CPC seja a de que a falta de intervenção do Ministério Público gere a nulidade do processo, não se pode perder de vista que a intenção desta norma é garantir ao Incapaz, no caso concreto, a defesa de seus interesses, o que na hipótese vertente, ocorreu, razão pela qual não há como reconhecer-se a mácula pleiteada.

Em caso semelhante, decidiu este Sodalício:

ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL – LICITAÇÃO – NULIDADE PROCESSUAL POR AUSÊNCIA DE INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO ANTES DA SENTENÇA – PRELIMINAR AFASTADA [...].

Tendo ocorrido a intervenção do Ministério Público em grau de recurso, com a interposição de recurso de apelação inclusive, resta suprida a falta de manifestação do “Parquet” antes da prolação da sentença, inexistindo violação ao art. 82, inciso III, do Código de Processo Civil.

(Apelação Cível n. 2008.025563-0, Rel. Des. Jaime Ramos, j. 11-1-11).

Do corpo do v. acórdão se extrai:

[...] Não resta dúvida de que a falta de intervenção do Ministério Público na lide é causa geradora de nulidade, conforme o disposto no art. 246, do CPC.

Contudo, embora necessária a intimação do Ministério Público antes do proferimento da sentença no feito, não se vislumbra, e também a douta representante do Ministério Público de Primeiro Grau não indica em suas razões recursais, qualquer prejuízo ao ente público ou à autora em razão de a intervenção do “Parquet” ter

ocorrido apenas na fase recursal, com a apresentação de apelação, inclusive, que além da preliminar quanto a esta nulidade processual (ausência de sua intimação no feito), discutiu amplamente sobre as questões de mérito. Ressalte-se que a douta Procuradora de Justiça, Dr^a. Hercília Regina Lemke, não versou em seu parecer sobre a falta de intervenção ministerial antes do proferimento da decisão de mérito, eis que tal ausência foi suprida com a interposição do recurso de apelação pelo membro do Ministério Público de Primeiro Grau, limitando-se apenas a versar sobre o mérito da lide.

Assim, após o proferimento da sentença foi dada vista ao Ministério Público de primeiro e segundo graus, que se manifestaram quanto ao mérito da demanda e não indicaram qualquer prejuízo às partes pela falta da intervenção ministerial até a decisão de mérito. Aliás, conquanto a intervenção do Ministério Público tenha ocorrido após a instrução processual, não houve prejuízo para as partes, porquanto a tramitação processual foi orientada pelos princípios do contraditório e da ampla defesa (artigo 5º, inc. LIV e LV, da Constituição Federal de 1988), como se disse, inexistindo qualquer outra prova a ser produzida, até porque nenhuma foi indicada pelo ilustre representante do “Parquet”. [...]

Por derradeiro, ainda deste Areópago Estadual:

PROCESSUAL CIVIL. MINISTÉRIO PÚBLICO. INTERVENÇÃO OBRIGATÓRIA. SUPRIMENTO PELA MANIFESTAÇÃO NO CURSO DA AÇÃO, INCLUSIVE ANTES DA PROLAÇÃO DA SENTENÇA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. NULIDADE INOCORRENTE.

“Precedentes da Corte reconhecem que a ausência de intervenção do Ministério Público em 1º grau de jurisdição pode ser suprida com a manifestação no grau de apelação, considerando as circunstâncias concretas de cada caso, descartando a tese do especial sobre a existência de nulidade absoluta, que não pode ser suprida”. (REsp 554623/RS, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, TERCEIRA TURMA, julgado em 29/06/2004, DJ 11/10/2004 p. 315).

(Apelação Cível n. 2005.018559-2, Rel. Des. Carlos Adilson Silva, j. 18-6-09).

Destarte, pelas razões acima elencadas rechaça-se a preliminar.

1.4 Da suscitada prescrição

Afirmam os Inconformados ter ocorrido a prescrição, com fundamento no art. 206, § 5º, inciso I, do Código Civil.

Mais uma vez razão não lhes assiste.

No caso dos autos, a dívida foi formalizada pelo documento de fl. 9, emitido em 27-3-00, sendo este o marco inicial da contagem do prazo prescricional, porquanto foi nesta data que surgiu o direito do credor em receber seu crédito.

O Código Civil de 1916 vigente à época estabelecia o prazo vintenário para a propositura da ação – art. 177 – e considerando-se a regra de direito intertemporal inserta no art. 2.028 do atual Código Civil, observa-se o transcurso de mais da metade do prazo prescricional entre a data do fato e a entrada em vigor do novel Digesto Civil, sendo então aplicável o lapso previsto neste último – de cinco anos – cuja contagem, todavia, tem início com a entrada em vigor da nova legislação, isto é, 12-1-03, de modo que se chega à ilação da inoccorrência da passagem de mais de um quinquênio entre este último marco temporal e a interposição da demanda monitória.

Considerando-se o lapso estabelecido no art. 206, § 5º, inciso I, do Código Civil vigente – cinco anos – e a data da interposição da demanda – 28-4-05 (fl. 2v) – resta nítida a inoccorrência do transcurso do quinquênio, razão pela qual não há que se falar em prescrição.

Se tanto não bastasse, é importante frisar que ainda que fosse considerado como marco inicial da contagem do prazo prescricional a data da abertura da loja do Falecido – no ano de 1992, de acordo com o depoimento de fl. 96 – não haveria como reconhecer-se a prescrição, pelos mesmos fundamentos anteriormente narrados.

Como se vê, por qualquer ângulo que se enfoque a temática, conclui-se pela inoccorrência da prescrição.

2 Do mérito

2.1 Da existência da dívida e seu inadimplemento

Alegam os Apelantes que no documento de fl. 9 o Falecido não reconhece qualquer dívida.

Tal alegação cai por terra frente à existência da assinatura do próprio sr. Eládio Patrício Nunes do aludido documento particular, cuja autenticidade não foi impugnada pelos Embargantes.

Outrossim, ainda há no mesmo documento a realização de proposta de pagamento da dívida em montante menor realizada pelo sr. Eládio, demonstrando sem sombra de dúvida que houve a confissão do débito e a intenção de adimplemento por valor reduzido – R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) – mediante a entrega de mercadorias, quais sejam, 3.000 (três mil) galões de tinta suvinil acrílico S/B.

Aduzem também os Embargantes que era ônus da Autora comprovar a realização dos negócios descritos no referido documento por meio de notas fiscais e comprovantes de entrega de mercadorias.

Não prospera a alegação e o motivo é simples: não se trata de duplicata mercantil, cuja existência e validade depende do lastro conferido pela entrega de mercadoria ou prestação de serviço, e tampouco a hipótese é de contrato de entrega de mercadorias, cujo pagamento estaria condicionado à concretização do negócio, e sim de termo de confissão de dívida no qual o próprio Devedor reconhece ter recebido os produtos e estar em débito para com a Credora.

Nestes termos, a apresentação de notas fiscais e comprovantes de entrega de mercadorias é dispensável, porquanto a prova da existência do débito reside no instrumento particular de fl. 9, corroborado pelo de fl. 44.

Logo, indubitável que dívida existe, o mesmo não se podendo dizer do seu pagamento, cuja comprovação não se efetivou no processo.

Por outro lado, necessário adentrar-se no campo do valor real da dívida.

Para tanto destaca-se o conteúdo do documento particular representativo da dívida que a Credora busca receber (fl. 9), e do documento de fl. 44, ambos trazidos pela Autora.

No instrumento particular de fl. 9 constam as seguintes informações:

(a) a dívida original, no valor de R\$ 146.320,11 (cento e quarenta e seis mil, trezentos e vinte reais e onze centavos), foi composta de:

(a.1) R\$ 16.786,88 (dezesesse mil, setecentos e oitenta e seis reais e oitenta e oito centavos) a título de débito de estoque;

(a.2) R\$ 119.909,76 (cento e dezenove mil, novecentos e nove reais e setenta e seis centavos) referentes à vendas diárias e depósitos do período de julho de 1994 a abril de 1996;

(a.3) R\$ 9.623,47 (nove mil, seiscentos e vinte e três reais e quarenta e sete centavos) relacionados a preço de pauta e balcão; e

(b) o devedor, sr. Eládio, realizou contraproposta para quitação da dívida, no valor de R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais), a ser pago mediante a entrega de 3.000 (três mil) galões de tinta suvinil acrílica S/B, com início do pagamento em 90 (noventa) dias, e parcelada em quatro prestações.

Por este documento é possível concluir-se que apesar de a dívida inicialmente alcançar realmente o patamar de R\$ 146.320,11 (cento e quarenta e seis mil, trezentos e vinte reais e onze centavos), ela foi reduzida

para menos da metade disso, diante da proposta do Devedor de adimplemento da quantia de R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais).

É importante frisar que essa proposta foi aceita pela Credora, ilação a que se chega por dois motivos.

Primeiro, o fato de ter sido ela própria quem redigiu o instrumento de confissão de dívida, fazendo nele constar a proposta de pagamento em valor inferior, e a partir dele consignando prazo e forma de adimplemento.

E segundo, diante do documento de fl. 44, amealhado ao feito pela própria Embargada, no qual consta o reconhecimento da dívida no montante equivalente a 3.000 (três mil) galões de tinta suvinil acrílica S/B, ou seja, confirmando a adesão à proposta do sr. Eládio de redução do débito para a quantia de R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais).

Diante destes fatos, não há como reconhecer-se o montante da dívida como sendo de R\$ 146.320,11 (cento e quarenta e seis mil, trezentos e vinte reais e onze centavos), porquanto no mesmo documento houve a minoração do *quantum* para R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais), tornando imperativa a reforma da sentença para converter em título executivo o documento de fl. 9, com a ressalva de que a dívida reconhecida é a descrita na parte final do aludido instrumento particular, conforme suso esmiuçado.

2.2 Dos ônus sucumbenciais

Primeiramente, em face da extinção do processo sem resolução do mérito quanto à Hélia Duarte Francisco e ao Espólio de Eládio Patrício Nunes, com fulcro no art. 267, inciso VI, do Código de Processo Civil, deve a Autora responder pelo pagamento das custas e honorários advocatícios em relação a estes, arbitrando-se os honorários, em observância aos balizamentos do art. 20, §§ 3º e 4º, do Código Buzaid, em R\$ 2.000,00 (dois mil reais).

Quanto aos demais Requeridos, observando-se a pretensão deduzida na inicial e o acolhimento de parte do Inconformismo manejado nesta instância, observa-se que a Credora e os Devedores remanescentes restaram vencedores e vencidos, devendo os ônus de sucumbência serem suportados de forma recíproca e proporcional por cada um deles.

Outrossim, constatando-se que do valor originalmente buscado houve a redução de mais da metade, deve cada Parte arcar com metade das despesas processuais, custas e honorários advocatícios.

E, quanto à verba honorária, com fulcro no § 4º do art. 20 do Código de Processo Civil, balizando-se nas alíneas “a”, “b” e “c” do § 3º do citado artigo, considerando-se que houve instrução processual, com a inquirição de seis pessoas; a razoável complexidade da matéria; e o tempo de tramitação dos autos, são arbitrados em R\$ 1.200,00 (mil e duzentos reais) para o Causídico da Autora – mesmo patamar fixado na sentença, sob pena de incorrer-se em *reformatio in pejus* – e em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) em favor do Advogado dos Réus.

Em remate, apesar de a sucumbência ser recíproca e da regra anotada na Súmula 306 do Superior Tribunal de Justiça, diante do preceito contido no art. 23 da Lei n. 8.906/94, tem-se que os honorários pertencem ao Advogado, razão pela qual não devem ser compensados.

Em idêntico sentido confirmam-se as Apelações Cíveis ns. 2004.021254-2, Rel. Des. Trindade dos Santos, j. 12-7-07; 2007.003651-8, Rel. Desa. Rejane Andersen, j. 22-10-07; 2004.036276-8, Rel. Des. Paulo Roberto Camargo Costa, j. 17-9-07; 2007.023278-7, Rel. Des. Fernando Carioni, j. 19-9-07.

É o quanto basta.

DECISÃO

Ante o exposto, por unanimidade:

(a) acolhe-se a preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam* de Hélia Duarte Francisco, extinguindo o processo em relação a ela com fulcro no art. 267, inciso VI, do Código Buzaid;

(b) reconhece-se, *ex officio*, a impertinência subjetiva passiva do Espólio de Eládio Patrício Nunes, extinguindo o feito em relação a ele com fulcro no art. 267, inciso VI, do Código de Processo Civil;

(c) rejeitam-se as demais preliminares; e

(d) no mérito dá-se parcial provimento ao Apelo para:

(d.1) converter em título executivo o documento de fl. 9, com a ressalva de que a dívida reconhecida é a descrita na parte final do aludido instrumento particular, ou seja, no montante de R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais);

(d.2) recalibrar os ônus de sucumbência, nos termos da fundamentação, mantida a r. sentença no mais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Lédio Rosa de Andrade, e dele participaram os Exmos. Srs. Des. José Inácio Schaefer e Altamiro de Oliveira.

Florianópolis, 15 de março de 2011.

Carstens Köhler
RELATOR

Apelação Cível n. 2010.036918-7, de Braço do Norte

Relator: Des. José Carlos Carstens Köhler

APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS DO DEVEDOR. CÉDULA DE CRÉDITO INDUSTRIAL. MAGISTRADO *A QUO* QUE, SOB O ESCOPO DE DESISTÊNCIA DA DEFESA MANEJADA PELOS CONSUMIDORES CONTRA A EXECUÇÃO, JULGA O PROCESSO EXTINTO, SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. INCONFORMISMO DOS DEMANDANTES.

CONTENDORES QUE, NA LIDE EXECUTIVA, EXIBEM INSTRUMENTO DE ACORDO. DOCUMENTO QUE PREVÊ A DESISTÊNCIA, PELOS DEVEDORES, DOS EMBARGOS UNICAMENTE EM CASO DE OS TERMOS DA AVENÇA VIEREM A SER ULTIMADOS. INTERESSADOS QUE, MEDIANTE A ANUÊNCIA DO CREDOR, IMPUSERAM CONDIÇÃO PARA QUE O PROCESSO TIVESSE SEU OBJETO ESVAZIADO. TOGADO DE ORIGEM QUE, AO VERIFICAR A EXISTÊNCIA DE TRANSAÇÃO, DETERMINA O SOBRESTAMENTO DO FEITO E HOMOLOGA-A SEM VERIFICAR AS PECULIARIDADES DOS TERMOS INSERTOS NO NEGÓCIO JURÍDICO. VONTADE DAS PARTES QUE SOBRESSAI INEQUÍVOCA COMO SENDO A DE MERAMENTE SUSTAR O TRÂMITE DA LIDE EXECUTIVA COMO FORMA DE VERIFICAR O CUMPRIMENTO DO ACORDO PARA, SOMENTE ENTÃO, NA HIPÓTESE DE RESTAREM PERFECTIBILIZADAS AS CONDIÇÕES, TER A AVENÇA CHANCELADA PELO PODER JUDICIÁRIO. IMPOSSIBILIDADE DE, CONCOMITANTEMENTE, SER DETERMINADA A SUSPENSÃO DO PROCESSO E HOMOLOGADA O ACORDO ANTE A INCONGRUÊNCIA ENTRE ESSES DOIS INSTITUTOS. DEVER DE ATENDIMENTO AO PEDIDO DOS LITIGANTES. CIRCUNSTÂNCIA QUE OBSTA A RATIFICAÇÃO JUDICIAL DO PACTO. DESCONSIDERAÇÃO DA HOMOLOGAÇÃO JUDICIAL, PERSISTINDO

INTACTA TÃO SOMENTE A ORDEM DE SUSTAÇÃO DA LIDE EXECUTIVA, NA FORMA EXTERNADA NO ACORDO. AUSÊNCIA DE CUMPRIMENTO DA CONDIÇÃO PARA QUE OS EMBARGOS DO DEVEDOR PERDESSEM O OBJETO DIANTE DA IMPOSSIBILIDADE DE SE OPERAR A DAÇÃO EM PAGAMENTO. ASPECTO QUE FOI RECONHECIDO EXPRESSAMENTE PELOS DEVEDORES E CREDOR. SENTENÇA QUE JULGOU O PROCESSO EXTINTO, SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO QUE CONTÉM *ERROR IN JUDICANDO*. TUTELA JURISDICIONAL CONFERIDA NA ORIGEM QUE DEVE SER CASSADA.

PROCESSO QUE SE ENCONTRA MADURO PARA JULGAMENTO. DESNECESSIDADE DE PRODUÇÃO DE QUALQUER OUTRA PROVA, SENÃO AS JÁ CARREADAS NOS AUTOS. APLICAÇÃO DO ART. 330, INCISO I, DO CÓDIGO BUZAID. POSSIBILIDADE DE ENFRENTAMENTO POR ESTE PAÇO DA JUSTIÇA DOS PLEITOS VAZADOS NA PETIÇÃO INICIAL DOS EMBARGOS DO DEVEDOR. EXEGESE DO ART. 515, § 3º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

RECORRENTES QUE SUSTENTARAM INÚMERAS TESES ACERCA DA POSSIBILIDADE DE RECEBIMENTO DOS EMBARGOS DO DEVEDOR, MESMO QUE CONTENDO PENDÊNCIAS PARA O CUMPRIMENTO DA ORDEM DE PENHORA. DESNECESSIDADE DE ENFOQUE DESSES ASSUNTOS POR CONTA DE QUE A CONSTRIÇÃO JUDICIAL DEIXOU DE SER CONDIÇÃO AO MANEJO DE DEFESA CONTRA A LIDE EXECUTIVA. MUDANÇA LEGISLATIVA PROMOVIDA PELA LEI N. 11.382/06. ART. 738 DO CÓDIGO BUZAID. NORMAS DE CARÁTER PROCESSUAL QUE POSSUEM APLICAÇÃO IMEDIATA A PARTIR DE SUA VIGÊNCIA.

CREDOR QUE, EMPÓS CIENTIFICADO PARA APRESENTAR SUA IMPUGNAÇÃO AOS EMBARGOS DO DEVEDOR, DEIXA TRANSCORRER *IN ALBIS* O PRAZO DE LEI. REVELIA.

IMPOSSIBILIDADE DE SE PRESUMIREM VERDADEIROS OS FATOS NARRADOS NA EXORDIAL. PRETENSÃO DO BANCO QUE JÁ SE ENCONTRA EXTERNADA NA LIDE EXPROPRIATÓRIA. EMBARGOS QUE, APESAR DE CONFIGURAREM LIDE AUTÔNOMA, OSTENTAM A NATUREZA DE DEFESA CONTRA O PLEITO EXPROPRIATÓRIO DO ADVERSO.

PERMISSIVIDADE DE A PENHORA OCORRER NO PERÍODO DE SOBRESTAMENTO DA EXECUÇÃO FORÇADA. ART. 739-A, § 6º, DO CÓDIGO BUZAID.

PREFACIAL DE NULIDADE DA EXECUÇÃO POR DESVIO DE FINALIDADE A QUE SE PROPUNHA O EMPRÉSTIMO FINANCEIRO. NUMERÁRIO UTILIZADO PARA SALDAR DÉBITO A DESCOBERTO EM CONTA-CORRENTE. SITUAÇÃO QUE RESTOU PREVISTA NO ORÇAMENTO A QUE SE ENCONTRA VINCULADA A PROMESSA DE PAGAMENTO. VÍCIO INOCORRENTE.

INVIABILIDADE DE DISCUSSÃO, NESTE AUTOS, DAS INCUMBÊNCIAS CONTIDAS NO PACTO DE CHEQUE-OURO EMPRESARIAL. CÉDULA DE CRÉDITO INDUSTRIAL E AVENÇA DE ABERTURA DE CRÉDITO EM CONTA-CORRENTE QUE POSSUEM AUTONOMIA ENTRE SI, NÃO IMPLICANDO EM CONEXIDADE OU ENCADEAMENTO CONTRATUAL.

DEVEDORES QUE SUSTENTAM A INOCORRÊNCIA DE VENCIMENTO ANTECIPADO DA PROMESSA DE PAGAMENTO. HIPÓTESE QUE SE DESNUDA EQUIVOCADA. PREVISÃO EXPRESSA NO CONTRATO DE QUE, DESCUMPRIDA QUALQUER OBRIGAÇÃO, A AVENÇA SE VENCE INTEGRALMENTE. LEGALIDADE DE A EXECUÇÃO VERSAR SOBRE A TOTALIDADE DO *QUANTUM* A QUE SE REFERE A CÉDULA DE CRÉDITO INDUSTRIAL.

CARACTERIZAÇÃO DO INADIMPLEMENTO. INDICAÇÃO DE DATA PARA PAGAMENTO. MORA *EX RE. DIES INTERPELLAT PRO HOMINE*. OBRIGAÇÃO NÃO CUMPRIDA NO PRAZO AVENÇADO. NÃO AJUIZAMENTO DE CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO OU PEDIDO PARA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL DE DEPÓSITO INCIDENTAL DE QUANTIA QUE OS DEVEDORES COMPREENDIAM COMO DEVIDA, AMPARADA PELA LEGISLAÇÃO E JURISPRUDÊNCIA PÁTRIAS. INVIABILIDADE DE APLICAÇÃO DA POSIÇÃO EXTERNADA NO RECURSO ESPECIAL N. 1.061.530/RS, JULGADO NO ÂMBITO DAS QUESTÕES REPETITIVAS QUE CAUSAM A MULTIPLICIDADE DE RECURSOS, VEZ QUE RESTOU DESTACADA A INVIABILIDADE DE SUA OPOSIÇÃO ÀS CÉDULAS DE CRÉDITO INDUSTRIAL.

CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 297 DA CORTE DA CIDADANIA. APLICABILIDADE DA LEI N. 8.078/90 À ANÁLISE DAS CÉDULAS DE CRÉDITO. MATÉRIA UNÍSSONA NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E NESTE AREÓPAGO ESTADUAL.

CONTRATO DE ADESÃO. INSERÇÃO DE CLÁUSULAS GENÉRICAS. ELABORAÇÃO DA AVENÇA EM MASSA. NEGÓCIO JURÍDICO TIPO FORMULÁRIO. APLICAÇÃO DO ART. 54 DO CÓDIGO CONSUMERISTA.

AUSÊNCIA DE ERRO, COAÇÃO OU SIMULAÇÃO. FUNDAMENTOS EXPENDIDOS PELOS DEVEDORES QUE NÃO POSSUEM O CONDÃO DE CARACTERIZAR ESSAS EIVAS. PRETENSÃO DE ANULAR O CONTRATO POR VÍCIO DE VONTADE QUE RESTA DEFENESTRADA.

REMUNERAÇÃO DO CAPITAL. COMPETÊNCIA DE REGULAMENTAÇÃO DO *QUANTUM* PELO CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL. AUSÊNCIA DE DELIBERAÇÃO. LACUNA SUPRIDA POR ANALOGIA. INCIDÊNCIA DO ART. 4º DA LICC. LIMITAÇÃO DOS JUROS COMPENSATÓRIOS

EM 12% A.A., POR APLICAÇÃO DO ART. 1º, § 3º, DA LEI DA USURA.

ANATOCISMO. DECRETO-LEI N. 413/69. ART. 5º. EXEGESE QUE ENREDA NA POSSIBILIDADE DO CÔMPUTO EXPONENCIAL DOS JUROS EM PERIODICIDADE SEMESTRAL. ART. 5º DA MEDIDA PROVISÓRIA 1.963-17, REEDITADA PELA 2.170-36. VIABILIDADE DA EXIGÊNCIA MENSAL DESSE ENCARGO, DESDE QUE PREVIAMENTE PACTUADO E A PARTIR DE 31-3-00. AVENÇA FIRMADA EM SETEMBRO DE 1995 QUE PREVÊ DE FORMA CLARIVIDENTE A APLICAÇÃO DESSA FORMA DE CÁLCULO NA PERIODICIDADE MENSAL. LEGALIDADE DA EXIGÊNCIA DO ANATOCISMO SEMESTRALMENTE ATÉ 30-3-00 E, DAÍ EM DIANTE, MENSALMENTE.

CORREÇÃO MONETÁRIA. ESTIPULAÇÃO CONTRATUAL DE OBSERVÂNCIA DA VARIAÇÃO DA TAXA REFERENCIAL. LEGALIDADE. SÚMULA 295 DO STJ E LEI N. 8.177/91.

COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. ILEGALIDADE DE COBRANÇA. DECRETO-LEI N. 413/69 QUE ELENCA TAXATIVAMENTE OS ENCARGOS PLAUSÍVEIS DE EXIGÊNCIA EM CÉDULA DE CRÉDITO INDUSTRIAL. ENUNCIADO N. III DO GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO COMERCIAL DESTA CORTE DE JUSTIÇA.

RECORRENTES QUE SUSTENTARAM A EXIGÊNCIA EM DUPLICIDADE DA MULTA MORATÓRIA. SITUAÇÃO QUE SOBRESSAI FALACIOSA. CREDOR QUE, NO DEMONSTRATIVO DE DÉBITO QUE APARELHA A LIDE EXECUTIVA, INDICA EXAUSTIVAMENTE AS INCUMBÊNCIAS APLICADAS E, AINDA, DESTACA A INOCORRÊNCIA DE COBRANÇA DA CLÁUSULA PENAL. AUSÊNCIA DE UTILIDADE OU NECESSIDADE DE DISCUSSÃO DESSE ASSUNTO. PLEITO NÃO CONHECIDO POR ESTA CORTE DE JUSTIÇA.

REPETIÇÃO DE INDÉBITO. PRESCINDIBILIDADE DE PRODUÇÃO DA PROVA DO VÍCIO. INTELIGÊNCIA DO ART. 42 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. PERMISSIBILIDADE NA FORMA SIMPLES. COMPENSAÇÃO DOS CRÉDITOS. PARTES RECIPROCAMENTE CREDORAS E DEVEDORAS. INCIDÊNCIA DO ART. 368 DO CÓDIGO CIVIL. *QUANTUM* PAGO A MAIOR. ADITAMENTOS FIXADOS DE OFÍCIO. CORREÇÃO MONETÁRIA CONFORME O INPC/IBGE DESDE O EFETIVO PAGAMENTO. PROVIMENTO N. 13/95 DA CORREGEDORIA-GERAL DA JUSTIÇA DESTE AREÓPAGO. JUROS MORATÓRIOS LIMITADOS EM 0,5 % A.M. DESDE A CIENTIFICAÇÃO DO BANCO PARA APRESENTAR SUA RESPOSTA AOS EMBARGOS DO DEVEDOR E, DE 11-1-03 EM DIANTE, EM 1% A.M. INCIDÊNCIA DOS ARTS. 1.062 DO CÓDIGO CLÓVIS BEVILÁQUA, 406 DO CÓDIGO MIGUEL REALE, 161, § 1º, DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL E 219 DO CÓDIGO BUZAID.

SUCUMBÊNCIA. CONTENDORES QUE SE MOSTRAM RECIPROCAMENTE VENCEDORES E VENCIDOS. IMPOSIÇÃO DO ART. 21 DO CÓDIGO BUZAID. ESTIPÊNDIO ADVOCATÍCIO FIXADO CONSOANTE A REGRA INSERTA NO § 4º E ALÍNEAS “A”, “B” E “C” DO § 3º, AMBOS DO ART. 20 DO SUPRACITADO DIPLOMA LEGAL. VERBA HONORÁRIA QUE PERTENCE AO ADVOGADO E NÃO MERECE SER COMPENSADA. INCIDÊNCIA DO ART. 23 DA LEI N. 8.906/94.

RECURSO ALBERGADO E, POR AUTORIZAÇÃO CONTIDA NO ART. 515, § 3º, DO CÓDIGO BUZAID, CONHECIDOS EM PARTE OS PLEITOS VAZADOS NA EXORDIAL DOS EMBARGOS DO DEVEDOR E, NESSE ASPECTO, JULGADOS PARCIALMENTE PROCEDENTES.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2010.036918-7, da 1ª Vara Cível da Comarca de Braço do Norte, em que são apelantes Gama Indústria e Comércio de Molduras Ltda., Renato Arlindo Sombrio e Marisa Siqueira S. Sombrio, e apelado Banco do Brasil S.A.:

ACORDAM, em Quarta Câmara de Direito Comercial, por votação unânime, albergar o Apelo para cassar a sentença e, por autorização contida no art. 515, § 3º, do Código Buzaid, conhecer em parte dos pleitos deduzidos na exordial dos Embargos do Devedor e julgá-los parcialmente procedentes e, de ofício, balizar os aditamentos incidentes sobre o *quantum* pago a maior. Custas legais.

RELATÓRIO

Gama Indústria e Comércio de Molduras Ltda., Renato Arlindo Sombrio e Marisa Siqueira S. Sombrio interpuseram Apelação (fls. 86-90) em face da sentença vazada pelo Magistrado *a quo* (fls. 82-84) que, nos Embargos do Devedor n. 010.97.001011-7, opostos contra o Banco do Brasil S.A., sob o fundamento de acordo extrajudicial homologado no feito executivo n. 010.96.000450-5, julgou o processo extinto, sem resolução de mérito, impondo aos Devedores as despesas processuais e, todavia, deixou de estipular verba honorária em favor do Patrono do Credor, vez que assim restou avençado na cláusula quarta da transação.

Os Insurgentes, nas razões recursais, agitaram que a tutela jurisdicional prolatada na origem deve ser cassada, haja vista o acordo exibido na lide expropriatória possuir cláusula expressa de que a desistência dos Embargos do Devedor é condicionada ao cumprimento da transação, que não se perfectibilizou em razão da impossibilidade de os imóveis apresentados em dação em pagamento serem transferidos ao Banco por conta de penhora trabalhista, que goza de preferência na satisfação do débito.

Ao final, rogaram pela acolhida do Inconformismo.

Intimado o Credor, deixou transcorrer *in albis* o prazo de lei para apresentar suas contrarrazões – certidão de fl. 133.

Empós, vieram os autos a este Areópago.

É o necessário escorço.

VOTO

1 Da inviabilidade de extinção dos Embargos do Devedor

Debullhada a lide executiva, cuja reprodução fotostática encontra-se em apenso, exsurge que os Contendores entabularam acordo em 28-8-98 (fls. 35-39 da execução), em que restou estipulado:

GAMA INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE MOLDURAS LTDA., [...], RENATO ARLINDO SOMBRIO, MARISA SIQUEIRA S. SOMBRIO, ARLINDO SOMBRIO, RENATA EFFTING SOMBRIO, GILMAR BIANCHINI e CECÍLIA FORNAZZA BIANCHINI, ressalvadas quaisquer outras obrigações aqui não incluídas, são e se reconhecem devedores do BANCO DO BRASIL S.A. no valor correspondente aos saldos devedores originais – atualizados de acordo com o expressamente pactuado, inclusive encargos de inadimplemento, das dívidas representadas pelas [...] Cédula de Crédito Industrial n. 95/00305-3 [...], e propõem para pagamento das obrigações, a dação dos bens adiante descritos, e o ***BANCO DO BRASIL S.A.***, neste ato representado pelos administradores de sua agência de Braço do Norte (SC), aceita o pagamento, nos seguintes termos e sem qualquer ânimo de novar:

[...] QUINTA – Em face do acordo, por conveniência das partes, as Execuções nºs 9.412/96, em que são partes, como credor, o BANCO DO BRASIL S/A e como devedores, GAMA INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE MOLDURAS LTDA., RENATO ARLINDO SOMBRIO e MARISA SIQUEIRA S. SOMBRIO [...] serão suspensas, podendo o credor reencetar a marcha processual, em caso de descumprimento de quaisquer das obrigações decorrentes do presente acordo, ou da impossibilidade de registro, nas respectivas matrículas, da dação ora efetuada.

SEXTA – Os devedores, em face do acordo, e após a lavratura das respectivas escrituras, expressamente desistem em caráter irrevogável e irrevogável, dos embargos à execução nº 10.157/97 e 10.158/97, em que são autores, GAMA Indústria e Comércio de Molduras Ltda., Renato Arlindo Sombrio e Marisa Siqueira S. Sombrio; e nº 10.184/97, em que são autores, GAMA Indústria e Comércio de Molduras Ltda., Renato Arlindo Sombrio, Marisa Siqueira S. Sombrio. Gilmar Bianchini, Cecília Fornazza Bianchini, Arlindo Sombrio e Renata Effting Sombrio.

(fls. 35 e 37 dos autos em apenso, sublinhou-se).

Ademais, do enfoque da cláusula primeira da transação, observadas suas alíneas “a”, “b” e “c”, sobressai que os objetos ofertados em dação em pagamento consistem nos imóveis matriculados sob os ns. 8.396, 8.397 e 9.318, todos perante o Serviço Registral de Imóveis da Comarca de Braço do Norte – fls. 35-37 da lide executivaS.

E, ao levar essa transação à apreciação do Poder Judiciário, os Contendores firmaram conjuntamente petição em que restou externado o pleito de suspensão da lide executiva até a lavratura das respectivas escrituras dos imóveis, ao passo em que rogaram pela homologação da avença como forma de se operar a transferência de posse sobre os bens (fl. 33 da execução).

O fato é que o Togado de origem, na execução forçada, em 25-8-98, homologou o acordo e, também, deferiu o pleito de suspensão da ação expropriatória. Veja-se:

HOMOLOGO o acordo para que surta seus jurídicos e legais efeitos.

SUSPENDO o processo pelo prazo de 30 (trinta) dias para o cumprimento das condições acordadas.

Decorrido o prazo manifeste-se o credor, a fim de que se opere, se for caso, a regular extinção dos feitos.

(fl. 44 da execução).

A propósito, impende destacar que o Banco, em 7-12-06, informou que, por conta do não cumprimento do acordo, a lide de execução forçada deveria prosseguir em seus ulteriores termos. Confira-se:

Após análise detida dos autos, em conjunto com as demais execuções existentes entre as mesmas partes, em trâmite neste r. juízo, apesar do acordo celebrado às fls. 33/39, informa que não houve o cumprimento integral do mesmo, razão pela qual, necessário se faz o prosseguimento da ação, até satisfação integral do crédito do Exequente.

(fl. 76 da execução).

Apesar disso, o Julgador *a quo*, ao prolatar a sentença nos Embargos do Devedor em 30-6-08, perfilhou a posição de que na avença apresentada na execução, os Devedores desistiram do prosseguimento da defesa, além de que a transação restou chancelada pelo Poder Judiciário, o que obstaria a tentativa de debate dos eventuais excessos contidos no *quantum debeat*. Veja-se:

As partes ajustaram a suspensão da execução, consignando, ainda, que, “*em caso de não cumprimento de quaisquer obrigações ora assumidas, o BANCO DO BRASIL prosseguirá com os Processos de Execução, retro mencionados...*” (cláusula sétima, segunda parte – fl. 37 dos autos da execução).

Em 25/08/1998, o acordo foi homologado judicialmente e suspensa a execução, conforme despacho de fl. 44 dos autos da execução.

Ora, diante desta situação, é evidente que os embargantes são carecedores do direito de ação, eis que não mais necessitam da tutela jurisdicional, porque, após a propositura dos embargos, onde pretendiam discutir a obrigação, reconheceram a sua validade, assumindo o compromisso de paga-la através de dação e, no caso de não cumprimento, aceitaram que a execução tivesse seu curso normal.

A posterior manifestação de vontade dos embargantes, legitimando a dívida junto ao banco, ajustando forma de pagamento e aceitando o prosseguimento da execução, no caso de não cumprimento do acordo, é incompatível com a pretensão externada anteriormente nos embargos.

Não obstante os fundamentos e pretensões dos embargos, tem-se que os alegados desvios e excessos na relação original foram absorvidos pela transação realizada e pactuada com base no princípio da autonomia da vontade. Entendo que, em tese, tal manifestação de vontade só pode ser discutida na forma do art. 486 do CPC, através da prova de vício de consentimento hábil a desconstituir a validade do negócio jurídico homologado judicialmente.

Conforme já decidiu o STJ: “a ação anulatória, prevista no artigo 486 do Código de Processo Civil, é a sede própria para a discussão a respeito de vícios na transação homologada judicialmente” (REsp. n. 683490, rel. Min. Jorge Scartezzini, j. em 14.03.2006).

Diante deste contexto, concluo que não há como conhecer os embargos, onde os devedores pretendem discutir a validade do título executivo e os encargos cobrados, sem antes anular o acordo que firmaram com a instituição financeira, pois, como exposto, os eventuais excessos exigidos durante a relação contratual foram sanados por força do acordo livremente assumido pelos embargantes.

[...] Em conclusão, ausente uma das condições da ação, qual seja, o interesse processual, diante da inexistência de necessidade da tutela jurisdicional, face ao acordo entabulado entre as partes após o oferecimento dos embargos, onde há expresse reconhecimento da dívida então questionada, o processo deve ser extinto sem resolução do mérito, na forma do art. 267, inc. VI, do Código de Processo Civil.

3. Ante o exposto, na forma do art. 267, inc. VI, do Código de Processo Civil, **JULGO EXTINTO** os presentes embargos sem resolução do mérito, por ausência de interesse de agir.

Nos termos do acordo (cláusula quarta – fl. 37), as custas processuais devem ser suportadas pelos embargantes, não havendo incidência de honorários advocatícios.

(fls. 83-84, sublinhou-se).

Ocorre que no aspecto em que se promoveu a homologação do acordo e, concomitantemente, deferiu-se a suspensão da lide executiva, reside o primeiro equívoco, haja vista a incompatibilidade entre os dois institutos – homologação de acordo e suspensão do processo.

Acerca da transação, ensina Humberto Theodoro Júnior:

A transação, como negócio jurídico destinado a extinguir litígio já deduzido em juízo, tem dois momentos distintos de eficácia:

a) entre as partes, o ato jurídico é perfeito e acabado logo que ocorre a declaração de vontade convergente de ambos os litigantes;

b) para o processo, como fator de extinção da relação processual pendente, o efeito se dá no momento em que o juiz homologa o negócio jurídico concluído entre as partes.

A homologação é, pois, ato jurisdicional dotado, também, de dupla eficácia, já que, a um só tempo, põe fim à relação processual em curso, e outorga ao ato negocial das partes a qualidade de ato processual, com aptidão para gerar a *res iudicata* e o título executivo judicial, conforme a natureza do acordo (arts. 269, n III, e 475-N, n III).

O só negócio de vontades entre os litigantes, assim, já é negócio jurídico perfeito e acabado no que lhes diz respeito. A sentença não é condição essencial de sua validade, tanto que pode haver transação antes do ajuizamento da ação e, em tal hipótese, nenhuma necessidade há de se sujeitar-se o negócio jurídico à aprovação da autoridade judiciária (Cód. Civ. de 2002, arts. 840 e 842).

Quando o dissídio já estiver posto em juízo, necessária se torna a homologação, porque seu efeito vai repercutir sobre a relação processual, que é de direito público e envolve também o juiz, único sujeito processual que tem poderes para extingui-la.

Uma vez, porém, que o negócio jurídico da transação já se acha concluído entre as partes, impossível é a qualquer delas o arrependimento unilateral, mesmo que ainda não tenha sido homologado o acordo em Juízo. Ultimado o ajuste de vontade, por instrumento particular ou público, inclusive por termo nos autos, as suas cláusulas ou condições obrigam definitivamente os contraentes, de sorte que sua rescisão só se torna possível “por dolo, coação, ou erro essencial quanto à pessoa ou coisa controversa” (Código Civil de 2002, art. 849; CC de 1916, art. 1.030).

Por isso, enquanto não rescindida regularmente a transação, nenhuma das partes pode impedir, unilateralmente, que o juiz da causa lhe dê homologação, para pôr fim à relação processual pendente.

O certo é que, concluído, em forma adequada, o negócio jurídico entre as partes, desaparece a lide, e sem lide não pode o processo ter prosseguimento.

Se, após a transação, uma parte se arrependeu ou se julgou lesada, nova lide pode surgir em torno da eficácia do negócio transacional. Mas a lide primitiva já está extinta. Só em outro processo, portanto, será possível rescindir-se a transação por vício do consentimento.

O arrependimento ou a denúncia unilateral é ato inoperante no processo em que se produziu a transação, mesmo antes da homologação judicial.

(Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. v. I. 47^a ed. Rio de Janeiro: Forense. p. 363-364 (sem grifo no original).

Como se vê, enquanto a primeira das determinações judiciais – homologação de transação – redundava na extinção do processo com resolução de mérito, a segunda acarreta no sobrestamento do feito.

Dessarte, em face da incongruência entre os dois institutos, tem-se a necessidade de investigação da avença e do pleito levado ao crivo do Estado-Juiz para se verificar a real intenção dos Litigantes.

Uma vez debulhado o acordo, nos termos já vazados acima, extrai-se que a transação não acarreta em novação, vez que assim restou expressamente previsto no seu preâmbulo – fl. 35 dos autos em apenso – sobressaindo igualmente cristalino que em caso de descumprimento, a lide expropriatória deveria prosseguir em seus ulteriores termos – cláusula sétima, fl. 37 da execução – além de que a quitação dos débitos somente seria conferida após a transferência do domínio e posse dos bens consistentes no objeto da ação em pagamento – cláusula oitava, fls. 37 e 38 da execução forçada.

De mais a mais, na petição firmada conjuntamente pelos Contendores em que foi levada a avença ao crivo do Juízo de origem (fls. 33-34

da execução), vê-se que o pleito principal consiste na suspensão do feito expropriatório. Confira-se:

[...] vêm respeitosamente, perante Vossa Excelência, informar que os executados reconheceram a dívida e as partes a compuseram, nos termos do acordo em anexo, motivo pelo qual vem o exequente, com a anuência expressa dos executados, REQUERER a suspensão da execução supra, até a lavratura das respectivas escrituras dos imóveis, objeto da ação de dação em pagamento conforme acordado.

[...] *Ex Positis*, requer se digne Vossa Excelência a HOMOLOGAR o acordo apresentado pelas partes e determinar a lavratura das respectivas escrituras, operando a transferência dos bens para o domínio e posse do credor, ao tempo em que requer a suspensão do feito.

(fl. 33 da execução).

Por conta disso, impõe-se a validação apenas da segunda parte da decisão de fl. 44 da execução, desconsiderando-se a homologação realizada.

Outrossim, aflora do acordo celebrado (fl. 37 da execução, cláusula sétima) e também do pleito suso apontado (fl. 33 da lide executiva) que a vontade das Partes consiste na suspensão do processo até que a avença se perfectibilize integralmente.

Nesse diapasão, a homologação do ajuste se via obstada, até porque em face da pactuação de que, em caso de não se concluir a dação em pagamento por conta de inviabilidade de transferência de posse ou propriedade, poderia sobrevir o não adimplemento da obrigação – conforme efetivamente veio a ocorrer (fls. 76-77 da execução) – de forma que a ratificação judicial da transação para ter lugar a extinção da lide e, por conseguinte, do processo, estava condicionada à total transferência de posse de propriedade dos imóveis que constituem a dação em pagamento.

A par disso, a homologação do acordo, caso mantida, impediria o prosseguimento da própria execução de título extrajudicial, tendo em vista o já assinalado caráter extintivo que tal medida ostenta.

Sendo assim, de um lado, sobrevindo informação do Credor (fls. 76-77 da execução) e dos próprios Devedores (fls. 89-90) de que o acordo não foi cumprido, razão pela qual a lide expropriatória deveria ter prosseguimento em seus ulteriores termos, e de outro, ausente requerimento dos Contendores de homologação imediata da transação, incumbia ao Magistrado agir nos exatos termos do pedido, ou seja, exclusivamente sustar a tramitação tanto da Execução quanto dos Embargos dos Devedores.

De mais a mais, merece destaque que a desistência de prosseguimento dos Embargos dos Devedores, conforme inserto na cláusula sexta da transação (fl. 37 da execução), ficou condicionada à lavratura das escrituras de propriedade dos imóveis objetos da dação em pagamento.

E, conforme exaustivamente debulhado acima, essa condição incorreu, o que, por clarividência, obsta o ceifar prematuro da defesa manejada pelos Devedores.

Por óbvio, do conjunto da obra, outra alternativa não resta senão cassar a sentença que extinguiu os Embargos dos Devedores, sem resolução de mérito.

2 Da possibilidade de este Areópago promover o julgamento dos pedidos deduzidos na exordial dos Embargos dos Devedores

Conforme se extrai dos termos expendidos na petição inicial dos Embargos dos Devedores e, também, em razão dos documentos que acompanham o processo, verifica-se que incorre necessidade de instrução do feito, vez que a controvérsia jurídica recai sobre tema exclusivamente de direito.

Diante disso, por já ter sido perfectibilizada a marcha processual como forma de garantia do devido processo legal e da incolumidade do princípio da ampla defesa, ademais porquanto foi oportunizado ao Banco apresentar impugnação aos Embargos dos Devedores (fl. 49, *in fine* e verso),

cujo lapso transcorreu *in albis*, por já estar a causa madura para julgamento, em razão da autorização contida no art. 515, § 3º, do Código Buzaid, passa-se a enfrentar os pedidos cunhados pelos Devedores.

Na petição inicial (fls. 2-39), os Recorrentes agitaram a necessidade de os Embargos do Devedor serem recebidos pelo Juízo; a nulidade da penhora, vez que realizada quando a Execução encontrava-se suspensa; a carência de ação sob o fundamento de ser o título inexigível, ademais pela ausência de vencimento antecipado; a inocorrência de liquidez por conta da inserção de excessos contratuais; a ilegalidade da Cédula de Crédito Industrial por desvio de finalidade, vez que sua emissão se deu como forma de saldar o débito a descoberto nas contas-correntes ns. 9.748-X e 17.940-X, cujo montante a descoberto era oriundo de utilização de cheque ouro-empresarial; a caracterização do contrato como sendo de adesão; a anulação da promessa de pagamento sob o escopo de erro, vez que assumiram pagar valor excessivo. De coação, porquanto foram ameaçados a ter seus nomes inscritos nos cadastros dos devedores em razão dos débitos anteriores a descoberto, e de simulação, vez que a cédula de crédito industrial deve possuir destinação específica; a ilegalidade de exigência do anatocismo; a imperiosidade de a correção monetária se dar pelo INPC/IBGE, ademais por conta da ilegalidade da taxa referencial; a excessividade da remuneração do capital, devendo-se alçar 12% a.a.; a ilegalidade de cobrança da comissão de permanência e, sucessivamente, a inviabilidade de coexistência da correção monetária e comissão de permanência; a exigência em duplicidade da multa moratória, vez que o Banco cobrou a convencional e aquela inserta no art. 58 do Decreto-Lei n. 413/69; e a repetição do indébito e compensação dos créditos.

Ao final, rogaram pela procedência dos pleitos vazados na exordial.

Cientificado o Banco (fl. 49, verso), deixou transcorrer *in albis* o prazo de lei para apresentar sua impugnação.

A propósito, repete-se para enfatizar, apresentar a porfia jurídica sobre a qual recai a controvérsia no feito como sendo tema exclusivamente de direito, sobressai plausível o julgamento antecipado do processo, dispensando-se a sua instrução – art. 330, inciso I, do Código Buzaid.

2.1 Da desnecessidade de enfoque dos temas afetos à eventual oposição prematura dos Embargos dos Devedores

No pórtico inaugural dos Embargos dos Devedores, os Recorrentes agitaram inúmeras teses acerca da legalidade do recebimento da defesa externada contra a Execução de Título Extrajudicial, ademais porquanto incoorreu a eventual perfectibilização de penhora.

Entrementes, apesar de os Embargos dos Devedores terem sido detonados em junho de 1997 (fl. 2), quando então se exigia à sua oposição a perfectibilização da penhora (art. 738, inciso I, do Código Buzaid, com redação da Lei n. 8.953/94), essa regra processual transmudou-se com a entrada em vigor da Lei n. 11.382/06, cuja redação do art. 738 do Código Buzaid passou a ser a seguinte: “Os embargos serão oferecidos no prazo de 15 (quinze) dias, contados da data da juntada aos autos do mandado de citação”.

Logo, em razão de as regras de direito processual possuírem aplicação imediata quando vigentes, não mais sendo exigível como pressuposto à oposição dos Embargos do Devedor a existência de garantia do Juízo, os assuntos vertidos na exordial pelos Apelantes sobre esse assunto não mais possuem objeto.

De mais a mais, o Togado *a quo*, ao prolatar a decisão inicial, prontamente já assinalou a tempestividade dos Embargos dos Devedores, razão pela qual os recebeu (fl. 49).

2.2 Da incoerência da presunção de veracidade dos fatos narrados na inicial dos Embargos dos Devedores pela revelia do Banco

Em que pese o Credor ter sido cientificado para apresentar sua impugnação aos Embargos do Devedor e ter deixado fluir *in albis* o prazo de lei, verifica-se a inviabilidade de açambarcar a ocorrência de revelia.

Isso se deve ao fato de que os Embargos do Devedor, apesar de serem autônomos em relação à demanda executiva, consistem em defesa do executado quanto à pretensão expropriatória.

É que o pleito do Embargado já consta devidamente externado na inicial do processo executivo.

Com isso, exsurge que os Embargos do Devedor consistem na oposição ao bem da vida objetivado pelo Adverso na execução.

Sobre o assunto, cai à fiveleta o escólio de Araken de Assis:

Revel é o réu que, no prazo assinalado, não apresenta contestação.

Na ação executória, inexistente revelia, no sentido próprio e frisante do termo, haja vista a ausência de contraditório, motivo por que, entre as atitudes do executado, não se situa a defesa. O devedor é chamado para cumprir a obrigação.

Em princípio, a atividade executiva se realiza contra e independentemente do comportamento do devedor, ressalvados alguns casos, em que o executado cabe resposta sumária (*v.g.* na execução de alimentos [...]).

Originam-se efeitos da revelia. O principal deles é a presunção de veracidade dos fatos (art. 319). No plano processual, a teor do art. 322, acelera-se o procedimento, dispensando-se a intimação do revel.

Seja como for, os embargos suscitaram, antes da redação vigente do art. 740, o problema da existência de revelia e dos seus efeitos. Natural se afigura que, inexistindo reposta aos embargos, o embargado seja considerado revel. E isso, porque a revelia se caracteriza pelo estado objetivo da falta de resposta. A terminologia empregada pelo art. 740, *caput*, em nada interfere com o fato de o embargado permanecer inerte perante a demanda. A ênfase da controvérsia recai, ao revés, nos efeitos que derivam desse estado.

[...] O aviso ao réu, contemplado no art. 285, 2ª parte, inexistente na reconvenção (art. 316) e, quanto a ela, se admitem os efeitos da revelia. Os argumentos de Clito Fornaciari Jr. a favor da revelia, nesta última hipótese, se mostram intocáveis: a advertência do art. 285, 2ª parte, se dirige à parte, supostamente jejuna em matéria jurídica, admoestando-a das conseqüências funestas da sua inação, enquanto o chamamento do advogado, implicitamente previsto nos arts. 316 e 740, *caput*, dispensa esta formalidade; e a extinção do processo carece de intimação pessoal da parte só quando o resultado é desfavorável ao autor (art. 267, § 1º).

Ademais, o fato de o texto anterior do art. 740 deixar de prever a incidência do art. 319 e, conseguintemente, a do art. 330, II, nenhum relevo particular assume, no campo da aplicação subsidiária (art. 598), porque ele, decididamente, não tratava da inércia do embargado. Ao contrário, a lacuna autorizava a invocação das normas gerais concernentes à revelia.

Essas questões ficaram superadas pelo novo texto do art. 740, *caput*, segundo o qual, ouvido o exequente, o juiz “julgará imediatamente o pedido”, realizando remissão expressa ao art. 330. Tal dispositivo contempla duas hipóteses de julgamento *per saltum*: em primeiro lugar, “quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência” (inc. I); ademais “quando ocorrer a revelia” (inc. II). Logo, não há efeito material da revelia (art. 319) nos embargos.

Evidentemente, explica Arruda Alvim, o sucesso da demanda não se mostra inexorável, como se houvesse relação de causa e efeito entre a inércia do embargado e a procedência dos embargos. À vista da prova, o juiz poderá chegar a resultado totalmente diverso.

(*Manual da execução*. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 1159-1160).

Corroborando a tese suso expendida, colhe-se dos julgados deste Areópago:

APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. MANIFESTAÇÃO EXTEMPORÂNEA DO EXEQUENTE. NÃO APLICAÇÃO DOS EFEITOS DA REVELIA. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIIDE. DESNECESSIDADE DE INSTRU-

ÇÃO PROCESSUAL. ESCRITURA PÚBLICA DE CONFISSÃO DE DÍVIDA. TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL. DEMONSTRATIVO DO CÁLCULO DA DÍVIDA. DETERMINAÇÃO CUMPRIDA. INTERPOSIÇÃO DE RECURSO PROTELATÓRIO. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. APELO DESPROVIDO.

I – Consoante o princípio do livre convencimento motivado, cumpre ao magistrado verificar se o processo está em condições de julgamento, podendo indeferir as provas que considerar impertinentes para o deslinde da questão e conhecer diretamente do pedido formulado, julgando antecipadamente a lide, em homenagem aos princípios da celeridade e economia processual.

II – A inércia do exequente matizada em ausência de manifestação acerca dos embargos à execução, ou a apresentação extemporânea da resposta, não requer a aplicação dos efeitos da revelia, porquanto ônus processual inarredável do devedor executado fazer a prova à desconstituição da presunção da certeza, liquidez e exigibilidade do título que deu azo à pretensão creditícia articulada. [...].

(Apelação Cível n. 2004.025549-7, Rel. Des. Joel Dias Figueira Júnior, j. 9-6-09).

Destarte, não deve incidir sobre a matéria deduzida na inicial dos Embargos dos Devedores a presunção de veracidade fática.

2.3 Da legalidade de a penhora dar-se em período em que a lide executiva encontrava-se suspensa

Os Devedores pretendem marcar de nulidade a penhora levada a efeito na Execução de Título Extrajudicial sob o argumento de que o processo encontrava-se suspenso, razão pela qual a apreensão judicial encontrar-se-ia eivada de ilegalidade.

O fato é que apesar de os arts. 266 e 793, ambos do Código Buzaid, obstarem a prática de qualquer ato processual, salvo os urgentes a fim de evitar dano irreparável, no período de sobrestamento do processo executivo o art. 739-A, § 6º, do Código Buzaid, excepciona essa regra, possibilitando a apreensão judicial de bens como forma de garantir o Juízo.

Exsurge com clareza solar a ausência de mácula invocada pelos Recorrentes.

De mais a mais, impende destacar que o § 4º do art. 659 do Código de Processo Civil é clarividente quanto ao fato de ser ônus do Credor a averbação da penhora à margem da matrícula do imóvel para que seja conferido efeito *erga omnes* à constrição judicial.

2.4 Do título executivo extrajudicial

O art. 10 do Decreto-Lei n. 413/69, observada a regra inserta em seu art. 18, giza que:

A cédula de crédito industrial é título líquido e certo, exigível pela soma dela constante ou do endosso, além dos juros, da comissão de fiscalização, se houver, e demais despesas que o credor fizer para segurança, regularidade e realização de seu direito creditório.

Agasalhando esse dispositivo legal, o art. 585, inciso VIII, do Código Buzaid, insculpe a regra de que:

Art. 585. São títulos executivos extrajudiciais:

[...] VIII – todos os demais títulos a que, por disposição expressa, a lei atribuir força executiva.

Desse modo, inarredável a força executiva da Cédula de Crédito Industrial.

No caso em tela, foi avençada a Cédula de Crédito industrial n. 95/00305-3, no valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), para amortização em 24 (vinte e quatro) parcelas mensais e consecutivas, vencendo-se a primeira em 18-10-95 e a última em 18-9-97 (fls. 9-11, dos autos em apenso).

Na cláusula “ORÇAMENTO DE APLICAÇÃO DO CRÉDITO” (fl. 12 da execucional), restou acordado que “O crédito destina-se única e exclusivamente a liquidação/amortização das seguintes dívidas do emitente

junto ao Banco do Brasil S.A.: composição da parcela vencida em 31.05/95 do Saldo Devedor do Cheque Empresarial”.

Ou seja, é inabalável o fato de que a quantia concedida pelo Banco foi utilizada para amortizar o débito existente na conta-corrente da Devedora principal, mantida com a Exequente.

A priori, poder-se-ia afirmar o desvio de finalidade por aplicação do objeto do mútuo financeiro para saldar o débito existente na conta-corrente ou, então, a perda de sua força executiva por ausência de liquidez.

Ocorre que a Cédula de Crédito Industrial, tratando-se de título executivo extrajudicial por imposição de lei, não se desnatura pelo aspecto de a quantia concedida ao mutuário ser empregada na quitação de outras dívidas de responsabilidade do Beneficiário do *quantum*.

Vale dizer: o mote que levou os Devedores a emitirem a Cédula de Crédito Industrial em debate foi justamente o fato de possuírem débito na conta-corrente da Devedora principal pela utilização do cheque empresarial. Esse proceder os beneficiou ante a quitação de débito pretérito, mediante a formação de nova dívida – que se configura como autônoma, cuja matéria será adiante debulhada – com a concessão de outros encargos, datas de pagamento e com a regência de legislação específica e totalmente dissonante daquela aplicável ao cheque especial.

Noutro aspecto, deve-se atentar ao fato de que capital de giro implica na disponibilidade de numerário à empresa, cuja destinação é feita conforme melhor lhe aprouver.

É claro que em decorrência de o capital de giro ser aferido mediante o cômputo do ativo e passivo circulante da pessoa jurídica e o numerário objeto do mútuo da cédula ter sido utilizado para saldar o débito existente na conta-corrente da empresa, não há qualquer caracterização de desvio de finalidade.

Nessa vereda, não há alicerce para a tese de subtração da destinação originária da cédula de crédito entabulada com o Banco, ademais por conta de que a ninguém é dado beneficiar-se da própria torpeza.

Mutatis mutandis, é uníssona a posição adotada pelo Superior Tribunal de Justiça:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. EXECUÇÃO. CÉDULA DE CRÉDITO COMERCIAL.

DESVIO DE FINALIDADE. NULIDADE DO TÍTULO. INEXISTÊNCIA.

Em se tratando de cédula de crédito comercial emitida para saldar dívidas do comerciante, à mingua de qualquer previsão legal, não se há de falar em nulidade por desvio de finalidade, sendo ainda de se considerar que o empréstimo importou em fomento ao capital de giro da empresa.

Embargos de divergência rejeitados. (REsp 512.635/SC, Rel. Min. Castro Filho, j 23-11-05).

No mesmo sentido, este Sodalício de Justiça proclamou:

APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS À EXECUÇÃO – PRELIMINAR DE INTEMPESTIVIDADE – ACOLHIMENTO – CIÊNCIA INEQUÍVOCA DO ATO DE CONSTRICÇÃO – SENTENÇA CASSADA – EMBARGOS REJEITADOS.

[...] ANÁLISE DAS CAUSAS EXTINTIVAS DA EXECUÇÃO – QUESTÕES DE ORDEM PÚBLICA – FALTA DE DEMONSTRATIVO DE DÉBITO – EXECUÇÃO ANTERIOR À LEI QUE DETERMINOU A OBRIGATORIEDADE DO DOCUMENTO – DESNECESSIDADE – NULIDADE DO TÍTULO – DESVIO DE FUNÇÃO – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO NOS AUTOS.

[...] ‘Em se tratando de cédula de crédito comercial emitida para saldar dívidas do comerciante, à mingua de qualquer previsão legal, não se há de falar em nulidade por desvio de finalidade, sendo ainda de se considerar que o empréstimo importou em fomento ao capital de giro da empresa.’ (REsp n. 512635/SC, Segunda Seção, rel. Min. Castro Filho, j. em 23.11.05).

(Apelação Cível n. 2002.021820-6, Rel. Des. Rejane Andersen, j. 25-2-08).

Como se vê, a utilização do numerário assinalado na Cédula de Crédito Industrial para saldar débito existente em conta-corrente de titularidade do beneficiário do mútuo financeiro não desnatura o caráter executivo do título.

2.4 Da inocorrência de encadeamento contratual e da inviabilidade de se promover, nestes autos, o controle de legalidade dos encargos contidos na avença de cheque-especial

A contratação entabulada ente os Contendores, ainda que estipulada como forma de quitar o débito a descoberto do cheque especial, nos termos já debulhados, não deixa de ter força executiva.

E, também, esse aspecto não enreda na caracterização de encadeamento contratual, nem mesmo na conexidade entre as avenças a ponto de permitir que a estipulação de cheque-ouro seja debatida, também, na defesa manejada contra a Cédula de Crédito Industrial que aparelha o pleito expropriatório.

Isso se dá ante o fato de que ambas as contratações possuem autonomia, além de que a Cédula de Crédito Industrial n. 95/00305-3 não caracteriza renegociação de débito do cheque especial, nem mesmo novação dessa avença ou qualquer forma de confissão de dívidas.

É que esse título executivo extrajudicial, que assim é definido por determinação legal, implica no fato de o Banco ter concedido o montante objeto do mútuo financeiro em uma única parcela; ou seja, os R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) foram entregues à Empresa em uma só oportunidade, cuja destinação deve ser prevista no plano de orçamento da avença, vez que também assim a legislação regulamentou.

Dessarte, o fato de os Devedores terem utilizado esse numerário para quitar o débito a descoberto no negócio de cheque-ouro empresarial não possui o condão de caracterizar o encadeamento contratual.

Por consectário disso, o debate de quaisquer ilegalidades ou excessos inseridos na estipulação de abertura de crédito em conta-corrente deve se dar em lide própria.

2.5 Da exigibilidade da Cédula de Crédito Industrial

Os Devedores pretendem nulificar o feito expropriatório sob o argumento de que ao tempo da propositura da execução, que se deu em 8-4-96 (fl. 2 do feito executivo), o título ainda não era exigível em razão da cláusula “Forma de Pagamento” (fl. 10 da execução) e, também, por ter sido prevista como vencimento final a data de 18-9-97 (fl. 9 da lide executiva).

Ocorre que, ao propor a execução, o Banco informou que a segunda prestação, vencida em 18-11-05, não foi adimplida pelos Devedores, o que acarretou no vencimento antecipado da Cédula de Crédito Industrial (fl. 3 dos autos em apenso).

A propósito, caso tenha ocorrido a quitação desse *quantum* ou de qualquer outra prestação que implicasse na inoccorrência de vencimento prematuro do contrato, a prova incumbia aos Embargantes – art. 333, inciso I, do CPC – o que seria realizado mediante exibição do instrumento de quitação, nos termos do art. 320 do Código Miguel Reale, com redação contida no art. 940 do Código Clóvis Beviláqua.

Contudo, essa providência não foi levada a efeito pelos Interessados.

Volvendo-se ao tema referente à exigibilidade da Cédula de Crédito Industrial sob o mote externado pelos Embargantes, exsurge que, de fato, foi convencionada como data termo da avença 18-9-97 (fl. 9 da Execução), além de que, também, ocorreu a estipulação de pagamento das parcelas em 24 (vinte e quatro) prestações, vencendo-se a primeira em 18-10-95

e a última em 18-9-97 (fl. 10 da lide expropriatória, cláusula “FORMA DE PAGAMENTO”).

Todavia, o que torna plausível o ajuizamento da execução de título executivo extrajudicial em 8-4-96 (fl. 2 dos autos em apenso), objetivando o valor total da contratação com base no inadimplemento exclusivamente da segunda prestação da Cédula de Crédito Industrial, é a existência de previsão de vencimento antecipado do contrato. Veja-se:

VENCIMENTO EXTRAORDINÁRIO: A falta de cumprimento de qualquer das obrigações por nós assumidas, não só neste instrumento como em outros que porventura tenha firmado ou venha a firmar com o Banco do Brasil S.A., ou no caso de concordata preventiva por nós requerida, ou, ainda, pela ocorrência de qualquer dos casos de antecipação de legal do vencimento, poderá o Banco considerar vencidos, de pleno direito, os contratos existentes e exigir o total da dívida deles resultante, independentemente de aviso extrajudicial ou interpelação judicial.

(fl. 10 da execução).

Obviamente, vencida a segunda prestação em 18-11-95, que tornou-se inadimplida, por conta da previsão de vencimento antecipado do contrato ante a falta de cumprimento de obrigação assumida pelos Consumidores, as demais parcelas passaram a ser consideradas vencidas, o que possibilitou a propositura da lide expropriatória em 8-4-96 (fl. 2 dos autos em apenso), versando sobre a totalidade da promessa de pagamento.

Aflora que a prefacial de inexigibilidade do título deve ser defenestrada.

2.6 Da ausência de desconfiguração da mora pela inserção de encargos eventualmente abusivos no negócio jurídico ou pelo excesso de execução

Os Consumidores, em seu Inconformismo, agitaram a desconstituição da impontualidade em razão da avença de encargos excessivos.

Como é notoriamente sabido e também demonstrado nos autos (Cédula de Crédito Industrial n. 95/00305-3 – campo “FORMA DE

PAGAMENTO”, fl. 10 da execução), a existência de data aprazada ao adimplemento, quando decorrida sem o cumprimento da obrigação avençada, já constitui o devedor em mora, independentemente de interpelação judicial ou extrajudicial, por tratar-se de mora *ex re*.

Ou seja, o decurso do tempo o faz.

Amparado pelo escólio de Sílvio de Salvo Venosa:

Na aplicação da mora *ex re*, tem aplicação a regra *dies interpellat pro homine*. O simples advento do dia do cumprimento da obrigação já interpela o devedor. Não havendo prazo determinado, haverá necessidade de interpelação para a constituição em mora.

(Direito Civil. v. II, 6ª ed. São Paulo: Atlas, p. 307).

O art. 394 do novel Código Civil inculpe a regra de que: “considera-se em mora o devedor que não efetuar o pagamento e o credor que não quiser recebê-lo no tempo, lugar e forma que a lei ou a convenção estabelecer”.

Ainda, o art. 397 do citado Diploma Legal assinala que: “o inadimplemento da obrigação, positiva e líquida, no seu termo, constitui de pleno direito em mora o devedor”.

De outra banda, à elisão da mora, os Devedores poderiam ajuizar ação de consignação em pagamento ou, caso demonstrada a verossimilhança das alegações, com amparo na legislação e no entendimento deste Areópago e dos Tribunais Superiores, mediante autorização judicial, realizar o depósito incidental da quantia que entendiam devida à cobrança do débito.

No presente caso, nenhum dos dois meios acima esmiuçados foi utilizado pelos Recorrentes.

Outrossim, especificamente em relação ao Recurso Especial n. 1.061.530/RS, julgado em 22-10-08 sob a relatoria da Ministra Nancy Andrighi e no âmbito do julgamento dos recursos repetitivos que versam

sobre questão idêntica de direito (art. 543-C do Código Buzaid), abarcou-se a teoria de que a aplicação de encargos abusivos no período de normalidade contratual teria o condão de descaracterizar a mora.

Mas, na delimitação do julgamento, restou clarividente a não aplicação da espécie às cédulas de crédito industrial, como no presente caso. Confira-se:

DELIMITAÇÃO DO JULGAMENTO

Constatada a multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, foi instaurado o incidente de processo repetitivo referente aos contratos bancários subordinados ao Código de Defesa do Consumidor, nos termos da ADI n.º 2.591-1. Exceto: cédulas de crédito rural, industrial, bancária e comercial; contratos celebrados por cooperativas de crédito; contratos regidos pelo Sistema Financeiro de Habitação, bem como os de crédito consignado.

Para os efeitos do § 7º do art. 543-C do CPC, a questão de direito idêntica, além de estar selecionada na decisão que instaurou o incidente de processo repetitivo, deve ter sido expressamente debatida no acórdão recorrido e nas razões do recurso especial, preenchendo todos os requisitos de admissibilidade.

Neste julgamento, os requisitos específicos do incidente foram verificados quanto às seguintes questões: i) juros remuneratórios; ii) configuração da mora; iii) juros moratórios; iv) inscrição em cadastro de inadimplentes e v) disposições de ofício.

(sublinhou-se).

Verifica-se que, tratando-se de mora *ex re*, inexistente consignação em pagamento das parcelas vencidas, nem mesmo depósito incidental da quantia que os Devedores compreendiam como devida, a mora resta devidamente caracterizada, o que, por clarividência, autoriza a cobrança dos encargos moratórios.

Também, exsurge necessário aditar que a eventual ocorrência de excesso de execução, igualmente, não implica no ceifar prematuro da lide expropriatória, haja vista que, por conta do que os Interessados vierem a

alegar em Juízo, vez que se deve observar os princípios dispositivo e inércia da jurisdição, a providência a ser tomada é exclusivamente a readequação do montante indicado na lide expropriatória como sendo o pretendido de satisfação pelo Credor.

2.7 Da aplicação do Código de Defesa do Consumidor

Tendo em vista a natureza do vínculo jurídico existente entre as Partes, o festejado Pergaminho de Defesa do Consumidor deve ser aplicado à análise da avença.

Um dos principais objetivos do mencionado Diploma Legal consiste na proteção do hipossuficiente em decorrência de sua vulnerabilidade, cuja finalidade, nos termos da Política Nacional das Relações de Consumo, é resguardar os interesses econômicos e a harmonização dos negócios consumeristas.

Colocando uma pá de cal no assunto, o Superior Tribunal de Justiça, pela edição da Súmula 297, uniformizou a interpretação de que “o Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras”.

Por outro lado, é una a posição deste Areópago quanto à aplicação do citado Digesto Legal à análise das cédulas de crédito:

APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS À EXECUÇÃO – CÉDULA DE CRÉDITO RURAL – PRELIMINAR ARGÜIDA PELO APELADO NAS CONTRA-RAZÕES – LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ – PREFACIAL REJEITADA – RAZÕES RECURSAIS DO APELANTE – DESVIO DE FINALIDADE NA APLICAÇÃO DO CRÉDITO – NÃO ACOLHIMENTO – NOVAÇÃO – INEXISTÊNCIA – CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – APLICABILIDADE – EXGESE DA SÚMULA 297 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – DEMONSTRATIVO DE DÉBITO NÃO DETALHADO – NULIDADE EXECUÇÃO – AFASTADA – CERCEAMENTO DEFESA – INOCORRÊNCIA – PREFACIAIS REJEITADAS – RECURSO NÃO PROVIDO.

A relação negocial praticada pelas instituições financeiras está abrangida pelo Código Consumerista, a teor da Súmula 297 do STJ, e reconhecida a pactuação de contrato de massa, incabível amarrar os contratantes às cláusulas tidas como abusivas, impostas por meio de contrato tipo, em descompasso com as regras que regem o direito social moderno, afastada a violação ao princípio do pacta sunt servanda. [...].

(Apelação Cível n. 2003.000808-0, Rel. Des. Wilson Augusto do Nascimento, j. 4-8-08).

Outra não é a posição da Corte da Cidadania:

COMERCIAL. CÉDULA DE CRÉDITO INDUSTRIAL. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. REVISÃO DE CONTRATO. POSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DO CDC. CAPITALIZAÇÃO DOS JUROS. PACTUAÇÃO EXPRESSA. SÚMULA N. 596-STF. NÃO INCIDÊNCIA EM RELAÇÃO A CRÉDITO INDUSTRIAL. DISCIPLINAMENTO LEGISLATIVO POSTERIOR. DECRETO-LEI N. 413/69, ART. 5º. SÚMULA N. 93-STJ. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. INEXIGIBILIDADE. PERÍODO DA INADIMPLÊNCIA. CORREÇÃO MONETÁRIA. INPC. TR. PREVISÃO CONTRATUAL. INCIDÊNCIA. DESCARACTERIZAÇÃO DA MORA. CARÊNCIA DA AÇÃO. CPC, ART. 267, IV.

I. Aplicam-se às instituições financeiras as disposições do Código de Defesa do Consumidor, no que pertine à possibilidade de revisão dos contratos, conforme cada situação específica.

II. Permitida a capitalização dos juros em periodicidade inferior à semestral quando expressamente pactuada, o que ocorre no caso dos autos, ao teor da Súmula n. 93 desta Corte.

III. Inobstante a possibilidade da cobrança da comissão de permanência em contratos estabelecidos pelos bancos, a cédula de crédito industrial tem disciplina específica no Decreto-lei n. 413/69, art. 5º, parágrafo único, e art. 58, que prevê somente a cobrança de juros e multa no caso de inadimplemento. [...].

(REsp 493.379/RS, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 19-2-04).

Em face dessa aplicabilidade, tem-se a possibilidade da revisão das cláusulas contratuais abusivas ou que coloquem em situação amplamente desfavorável o consumidor, conforme preceitua o art. 51, inciso IV, da Lei 8.078/90, merecendo frisar-se que essa revisão não viola o princípio do *pacta sunt servanda*, nem o ato jurídico perfeito – art. 5º, inciso XXXVI, da “Carta da Primavera” – que, conforme a norma do art. 6º, inciso V, do Código de Defesa do Consumidor e a teoria moderna, deve ser relativizado para possibilitar a alteração ou anulação das cláusulas contratuais abusivas ou ilegais que submetam alguma das partes ou que tenham sido impostas ao arbítrio do hipersuficiente sem a manifestação de vontade do adverso.

Nesse diapasão, cai por terra o argumento de que o cumprimento do contrato seria obrigatório por ter sido firmado livremente pelas Partes, sem qualquer erro, coação ou abuso.

Impende enfatizar, por outro lado, que a viabilidade de modificação das cláusulas pelo juiz não significa que tal tarefa possa ser realizada de ofício, conclusão que se extrai da leitura conjunta dos arts. 2º, 128, 460 e 515, todos do Cãnone Processual Civil.

Aceitar o inverso, ou seja, que o magistrado analise a validade de cláusulas contratuais sem provocação dos contratantes fora das hipóteses legais, é permitir que ele atue como procurador de uma das partes, o que é inconcebível e afronta os princípios da inércia – art. 2º, do CPC - e dispositivo - arts. 128, 460 e 515, todos do CPC.

Colocando uma pá de cal na *quaestio*, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 381, que reza: “Nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas”.

Por lógica, tem-se que o Código de Defesa do Consumidor é aplicável ao caso concreto, o que significa dizer que a revisão de cláusulas contratuais poderá ocorrer, entretanto somente mediante provocação da parte, o que, na hipótese, ocorreu por meio da oposição dos Embargos dos Devedores,

em que foram apontados os pontos da avença supostamente abusivos, tornando possível o seu enfoque.

2.8 Da configuração da contratualidade como de adesão

Em relação à Cédula de Crédito Industrial n. 95/00305-3 (fls. 9-11 da execução), é clarividente tratar-se de contrato de adesão.

Isso porque, quando analisados os termos lançados na contratualidade, exsurge sua elaboração em massa e genérica, quedando-se os Devedores relegados à sua condição de vulnerabilidade, possuindo a mínima liberdade de negociação quanto aos termos contratuais, vez que se trata de contrato tipo formulário.

Sobre o tema, o art. 54 do Código Consumerista conceitua que:

Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.

§ 1º A inserção de cláusula no formulário não desfigura a natureza de adesão do contrato.

E, com esteio nas lições da insigne doutrinadora Cláudia Lima Marques, te-se:

O consumidor limita-se a aceitar em bloco (muitas vezes sem sequer ler completamente) as cláusulas, que foram unilateral e uniformemente pré-elaboradas pela empresa, assumindo, assim, um papel de simples aderente à vontade manifesta pela empresa no instrumento contratual massificado, restando-lhe a mera alternativa de aceitar ou rejeitar o contrato (take it or leave), não podendo modificá-lo de maneira relevante. O consentimento do consumidor manifesta-se por simples adesão ao conteúdo preestabelecido pelo fornecedor de bens ou serviços. Destacam-se como características do contrato de adesão: 1) sua pré-elaboração unilateral; 2) a sua oferta uniforme e de caráter geral, para um número ainda indeterminado de futuras relações contratuais; 3) seu modo de aceitação, em que o consenti-

mento se dá por simples adesão à vontade manifestada pelo parceiro contratual economicamente mais forte.

(*Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 800-801).

Despicienda qualquer outra argumentação.

2.9 Da inocorrência de coação, simulação ou erro

Na exordial, os Inconformados agitaram a ocorrência de causa de anulação da avença sob os seguintes fundamentos:

a) erro substancial do negócio, vez que assumiram pagar dívida que não existe no *quantum* pretendido pelo Banco;

b) coação, haja vista que o Credor os ameaçou com a inserção de seus nomes nos cadastros dos devedores no caso de não adimplemento do débito a descoberto decorrente de outras negociações; e

c) simulação por conta do desvio de finalidade da Cédula de Crédito Industrial e, também, em razão de o título aparentar situação inexistente.

2.9.1 Do erro substancial

Sobre o assunto, o art. 139 do Código Civil, com redação reproduzida nos arts. 87 e 88 do Código Clóvis Beviláqua, encarta a regra de que:

O erro é substancial quando:

I – interessa à natureza do negócio, ao objeto principal da declaração, ou a alguma das qualidades a ele essenciais;

II – concerne à identidade ou à qualidade essencial da pessoa a quem se refira a declaração de vontade, desde que tenha influído nesta de modo relevante;

III – sendo de direito e não implicando recusa à aplicação da lei, for o motivo único ou principal do negócio jurídico.

Acerca do assunto, os Insurgentes agitaram:

102. Erro porque assumiram, os Embargantes, a obrigação de pagar dívida que em verdade não existe (ao menos no valor pretendido pela Embargada), em flagrante declaração de vontade emanada de erro substancial.

(fls. 19-20).

Sobre o erro substancial, Mário Benhame leciona: “O erro substancial é o que atinge a estrutura do negócio jurídico de tal forma que este sem ele não se realizaria. Por isso é anulável o negócio jurídico eivado de erro substancial”. (CAMILLO, Carlos Eduardo Nicoletti; FUJITA, Jorge Shiguemitsu; JUNIOR, Luiz Antônio Scavone; TALAVERA, Glauber Moreno. [coord.] *Comentários ao Código Civil* artigo por artigo. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 236).

O fato é que, nos termos já debulhados, apesar de os Recorrentes terem entabulado Cédula de Crédito Industrial como forma de adimplemento do débito a descoberto no contrato de cheque-especial, ambas as negociações são autônomas entre si.

Também, não se pode deixar de destacar que a promessa de pagamento realizada pelos Embargantes decorreu do fato de o Banco ter-lhes concedido o numerário sob a forma de mútuo oneroso, razão pela qual as prestações de pagamento são aditadas de encargos financeiros, tal como a remuneração do capital.

Logo, a existência da dívida sobressai patente, vez que contratada a Cédula de Crédito Industrial, além de que os eventuais excessos nela contidos serão expurgados mediante a verberação dos Interessados para que se promova a readequação do *quantum debeatur*.

2.9.2 Da coação

Os Devedores sustentam que firmaram a Cédula de Crédito Industrial porquanto foram coagidos pelo Banco sob o argumento de que, se não

o fizessem, teriam seus nomes inscritos nos serviços registrais de proteção ao crédito por conta do débito a descoberto no contrato de cheque-ouro.

O fato é que a inserção do nome dos Inadimplentes nos cadastros dos devedores, em caso de impontualidade, conforme se deu no contrato de cheque-especial, consoante confessado pelos Embargantes (fl. 12-18), consiste em mero exercício regular do direito do Credor – arts. 1º da Lei n. 9.492/97 e 188, inciso I, do Código Miguel Reale.

E, o próprio ordenamento jurídico não considera sendo coação o exercício regular de um direito – arts. 153 do Código Miguel Reale e 100 do Código Clovis Beviláqua.

A pretensão dos Insurgentes em anular o contrato merece ser defenestrada.

2.9.3 Da simulação

A fundamentação dos Apelantes acerca desse aspecto cinge-se no fato de a Cédula de Crédito Industrial ter sido emitida como forma de adimplir o débito contido no contrato de cheque-especial, desembocando na simulação do negócio jurídico.

Contudo, observando-se o orçamento que acompanha o título que aparelha a lide expropriatória (fl. 12 dos autos em apenso), exsurge que há expressa indicação de que o numerário objeto do mútuo financeiro será utilizado para saldar o valor a descoberto do cheque ouro-empresarial.

A propósito, impende destacar que os próprios Suplicantes firmaram esse documento em que há essa anotação de destinação do valor.

E, de mais a mais, apesar de incurrer qualquer simulação do negócio jurídico, vez que essa foi a intenção das Partes, não é dado a ninguém se favorecer da própria torpeza.

2.10 Da remuneração do capital

Na Cédula de Crédito Industrial n. 95/00305-3, foi avençado remuneração do capital em 27% a.m. e 37,68% a.a. (fl. 9, cláusula “ENCARGOS FINANCEIROS”).

Sobre o tema, o art. 5º do Decreto-Lei n. 413/69, por aplicação subsidiária autorizada expressamente no art. 5º da Lei n. 6.840/80, preceitua que: “As importâncias fornecidas pelo financiador vencerão juros e poderão sofrer correção monetária às taxas e aos índices que o Conselho Monetário fixar, calculados sobre os saldos devedores da conta vinculada à operação [...]”.

Fincado no texto legal suso transcrito, é de competência do Conselho Monetário Nacional a regulamentação e fixação da remuneração do capital a ser exigida nas cédulas de crédito comercial e industrial.

Ocorre que, até a presente data, inexistente o regramento específico a ser aplicado ao caso trazido à ribalta.

Diante da omissão do órgão competente em desempenhar tal incumbência, com fulcro no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, admite-se a aplicação do art. 1º, interpretado conjuntamente com seu § 3º, da Lei da Usura.

Do conjunto da obra, tem-se que a finitude da remuneração do capital alça 12% a.a.

De mais a mais, o Grupo de Câmaras de Direito Comercial deste Areópago Estadual, em 13-12-06, pelo enunciado n. I, uniformizou o entendimento de que:

Nos contratos bancários, com exceção das cédulas e notas de crédito rural, comercial e industrial, não é abusiva a taxa de juros remuneratórios superior a 12% (doze por cento) ao ano, desde que não ultrapassada a taxa média de mercado à época do pacto, divulgada pelo Banco Central do Brasil.

(destacou-se)

Na mesma senda, é uníssona a posição perfilhada pela Corte da Cidadania:

AGRAVO INTERNO. RECURSO ESPECIAL. CÉDULA DE CRÉDITO INDUSTRIAL.

CONFISSÃO DE DÍVIDA. NOVAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. JUROS REMUNERATÓRIOS.

LIMITAÇÃO. MANUTENÇÃO.

I - Esta Corte firmou entendimento no sentido não ocorrendo a novação, a escritura de confissão de dívida originada de cédula de crédito industrial, não se desvincula deste título. Precedentes.

II - O artigo 5º do Decreto-lei n.º 413/69, posterior à Lei n.º 4.595/64 e específico para as cédulas de crédito comercial, confere ao Conselho Monetário Nacional a atribuição de fixar os juros a serem praticados. Diante da omissão desse órgão governamental, incide a limitação de 12 % ao ano, prevista no Decreto n.º 22.626/33 (Lei da Usura).

Agravo improvido.

(AgRg nos EDcl no REsp 549.484/RS, Rel. Min. Castro Filho, j. 29-11-06).

Sendo assim, exsurge a abusividade dos juros compensatórios avençados em 2,7% a.m. e 37,68% a.a. (fl. 9 da execução, cláusula “encargos financeiros”), razão pela qual sobressai a necessidade de seu rebalçamento em 1% a.m. e 12% a.a.

2.11 Do cômputo exponencial dos juros

Quanto às cédulas de crédito comercial e industrial, o Decreto-Lei n. 413/69, em seu art. 5º, giza que:

As importâncias fornecidas pelo financiado vencerão juros e poderão sofrer correção monetária às taxas e aos índices que o Conselho Monetário Fixar, calculados sobre os saldos devedores da conta vinculada à operação, e serão exigíveis em 30 de junho, 31 de de-

zembro, no vencimento, na liquidação da cédula ou, também, em outras datas convencionadas no título, ou admitidas pelo referido Conselho.

(destacou-se).

Ancorando-se no excerto legal acima transcrito, o Superior Tribunal de Justiça, pela Súmula n. 93, uniformizou a interpretação de que: “a legislação sobre cédulas de crédito rural, comercial e industrial admite o pacto de capitalização de juros”.

Sendo assim, o dispositivo legal, ao gizar a semestralidade como lapso de exigibilidade do numerário objeto do mútuo financeiro, estabeleceu a possibilidade da capitalização semestral.

Por outro lado, com a inserção da Medida Provisória n. 1.963-17 no mundo jurídico em 30-3-00, publicada no Diário Oficial da União em 31-3-00, passou-se a permitir o anatocismo em periodicidade inferior à anual.

É que o art. 5º da supracitada MP encarta a regra de que: “Nas operações realizadas por instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional, é admissível a capitalização de juros em periodicidade inferior a um ano.”

E a redação desse comando normativo permaneceu inalterada ao longo das sucessivas reedições do Diploma Legal, que atualmente encontra espeque na Medida Provisória n. 2.170-36, de 23-8-01.

Também não se pode olvidar que a Emenda Constitucional n. 32, de 12-9-01, inculpe que: “art. 2º. As medidas provisórias editadas em data anterior à da publicação desta emenda continuam em vigor até que medida provisória ulterior as revogue explicitamente ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional.”

Até a presente data não houve edição de medida provisória ulterior que tenha revogado expressamente a norma em questão.

Igualmente, não se tem notícia de deliberação definitiva do Congresso Nacional a esse respeito, motivo pelo qual permanece válida e intacta a capitalização de juros na forma prevista no art. 5º supracitado.

Portanto, a utilização exponencial de juros em período inferior àquele inserto na Lei que regulamenta a Cédula de Crédito Industrial é possível a partir de 31-3-00.

Todavia, à exigibilidade do anatocismo, independentemente da periodicidade de incidência, deve estar prévia e claramente avençada a forma de seu cômputo, caso contrário, é impossível a sua aplicação.

Isso se deve à regra encartada no artigo 6º, inciso III, do Código Consumerista:

São direitos básicos do consumidor:

[...] III – a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem.

Outrossim, é necessário frisar que no âmbito do Pergaminho Consumerista não se pode aceitar contratação implícita ou qualquer elemento surpresa ao aderente.

Nessa senda, este Tribunal de Justiça decidiu:

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATOS DE ABERTURA DE CRÉDITO ROTATIVO EM CONTA CORRENTE E CÉDULA DE CRÉDITO COMERCIAL – SENTENÇA ACOLHENDO PARCIALMENTE O PEDIDO.

[...] 2.2) CÉDULA DE CRÉDITO COMERCIAL – LIMITAÇÃO DO ENCARGO EM 12% AO ANO DIANTE DA AUSÊNCIA DE FIXAÇÃO DA REMUNERAÇÃO DE CAPITAL PELO ÓRGÃO COMPETENTE – EXEGESE DO ART. 1º DO DECRETO N. 22.626/33 – PRECEDENTES DESTA CORTE DE JUSTIÇA E DO STJ – CAPITALIZAÇÃO DOS JUROS – CONTRATO CELEBRADO PREVIAMENTE À EDIÇÃO

DA MEDIDA PROVISÓRIA N. 1.963-17, REEDITADA PELA MP N. 2. 170-36 – IMPOSSIBILIDADE DO CÔMPUTO DO ACESSÓRIO EM FREQUÊNCIA MENSAL NO TOCANTE AO AJUSTE DE ABERTURA DE CRÉDITO EM CONTA CORRENTE, VIABILIZADA, TODAVIA, A PERIODICIDADE SEMESTRAL (ART. 5º DO DEC. LEI N. 167/67) QUANTO AO INSTRUMENTO CEDULAR – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO EM PARTE. [...].

(Apelação Cível n. 2004.026987-1, Rel. Des. Marco Aurélio Gastaldi Buzzi, j. 24-5-07 destacou-se).

Com esteio nesses balizamentos e enfocando-se o negócio jurídico *sub judice*, sobressai clarividente a contratação da capitalização mensal dos juros (fl. 9 da execução, cláusula “ENCARGOS FINANCEIROS”, segunda parte).

Apesar disso, a negociação se deu em setembro de 95 (fl. 11 da lide executiva), quando ainda não havia qualquer permissivo legal para que os juros compensatórios fossem computados de forma exponencial mensalmente.

Logo, do conjunto da obra, até 30-3-00, o anatocismo deve ser exigido semestralmente e, desde 31-3-00 em diante, seu cálculo pode ocorrer na forma mensal, nos termos da contratação.

2.12 Do índice de correção monetária

Os Devedores pretendem que a recomposição do poder de compra da moeda observe a variação do INPC/IBGE.

Debulhada a Cédula de Crédito Industrial n. 95/00305-3 firmada em setembro de 1995, extrai-se que os Contendores avençaram a taxa referencial como forma de corrigir a moeda (fl. 9 da execução, cláusula “ENCARGOS FINANCEIROS”).

Sobre o tema, é pacífico o entendimento quanto à permissibilidade de cobrança da TR (taxa referencial) após a edição da Lei n. 8.177/91, desde que adremente pactuada – Súmula 295 da Corte da Cidadania.

Por conta disso, patente a contratação de que a correção da moeda deve observar a variação da taxa referencial, incorre qualquer vício.

2.13 Da comissão de permanência

No título que embasa a pretensão expropriatória, restou contratado entre as Partes a incidência da comissão de permanência no período de impontualidade – fl. 9 da execução, cláusula “INADIMPLEMENTO”, alínea “a”).

Em fase de inadimplência, o Decreto-Lei n. 413/69, em seus arts. 5º, parágrafo único, e 58, *caput*, é hialino ao insculpir, taxativamente, a cobrança apenas dos juros de mora elevados de 1% a.a. e cláusula penal de 10%.

Dessarte, mesmo que avençada a comissão de permanência na Cédula de Crédito Comercial, é ilegal a sua exigibilidade.

De mais a mais, o Grupo de Câmaras de Direito Comercial deste Areópago Estadual, homologou o enunciado III, que proclama:

é cabível a cobrança da comissão de permanência, exceto nas cédulas e notas de crédito rural, comercial e industrial, quando contratada, respeitado o limite de juros remuneratórios pactuados, desde que não superiores à taxa média de mercado divulgada pelo Banco Central do Brasil, não sendo viável a cumulação do encargo com a correção monetária, juros remuneratórios, multa contratual ou com juros moratórios.

(ênfatiçou-se).

Ora, diante da inequívoca contrariedade à Lei, a comissão de permanência deve ser expurgada do cálculo do *quantum debeatur*.

Por oportuno, impende enfatizar que os Devedores pretenderam na petição inicial a inviabilidade de coexistência desse encargo com a correção monetária.

Patente a perda superveniente de objeto sobre esse tema, tem-se a falta de interesse processual nesse assunto, razão pela qual não será enfocada por esta Corte.

2.14 Da inocorrência de cobrança em duplicidade da multa moratória

Os Embargantes sustentaram que o Credor fez incidir em duplicidade a pena por impontualidade em 10%.

Ocorre que, apesar de contratada a multa por inadimplemento em 10% (fl. 9 da execução, cláusula “INADIMPLEMENTO”, alínea “c”), observando-se o demonstrativo de evolução do débito que aparelha a lide expropriatória (fls. 13-14 dos autos em apenso), desnuda-se que esse encargo sequer foi cobrado em qualquer patamar que seja.

Basta analisar detidamente que, além de o Credor ter especificado a origem de cada encargo incidente, foi externada a não exigência da multa. Veja-se: “ATENÇÃO: Multa não cobrada conforme opção do Usuário” (fl. 14 da execução).

Por conta disso, ausente a cobrança desse encargo, não se vislumbra qualquer utilidade ou necessidade do debate desse tema, motivo pelo qual se desnuda a ausência de interesse processual sobre o assunto.

2.15 Da repetição do indébito e da compensação dos créditos

O art. 877 do novel Código Civil giza que: “àquele que voluntariamente pagou o indevido incumbe a prova de tê-lo feito por erro”.

Porém, o pagamento de eventual valor indevido foi realizado, não por um ato meramente voluntário dos Devedores, mas, sim, em decorrência do Banco tê-los impelido à prática desse ato mediante inclusão na

conta do valor das prestações os encargos reconhecidos como ilegais, nos termos já debulhaos.

Embora para a incidência do dispositivo legal mencionado seja imprescindível a prova do vício, é viável a determinação judicial de repetição do indébito.

Isso se deve ao fato de ser vedado o enriquecimento sem causa.

O art. 884 do citado *Codex* encarta a regra de que: “aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários”.

Ainda, *mutatis mutandis*, a Corte da Cidadania, pela Súmula 322, pacificou o entendimento de que: “para a repetição de indébito, nos contratos de abertura de crédito em conta-corrente, não se exige a prova do erro”.

Por sua vez, o parágrafo único do art. 42 do Código Consumerista, determina que: “O consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável”.

Ou seja, dispensa-se a prova do pagamento indevido por erro.

Nessa alheta, à repetição do indébito há dois entendimentos jurisprudenciais, ambos esmiuçados sob a óptica da má-fé: a) em dobro, se provada a intenção de prejudicar o hipossuficiente; e b) sob a forma simples, quando não provada a má-fé do credor.

Confira-se:

AGRAVO REGIMENTAL. REPETIÇÃO EM DOBRO. MÁ-FÉ. CONFIGURAÇÃO.

- A devolução do indébito se faz em dobro, quando provada a má-fé de quem recebeu

(AgRg no REsp 734.111/PR, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 3-12-07).

Sendo assim, observando-se que a produção da prova do requisito necessário à repetição em dobro incumbia aos Apelantes – art. 333, inciso I, do *Codex* Processual Civil – inexistente qualquer indício de má-fé do Banco na cobrança de quantia indevida, é possível a repetição do indébito sob a forma simples.

Por derradeiro, quanto à compensação dos créditos, efetua-se quando duas pessoas ou mais forem reciprocamente credores e devedores.

O art. 368 do Código Civil giza que: “se duas pessoas forem ao mesmo tempo credor e devedor uma da outra, as duas obrigações extinguem-se, até onde se compensarem”.

Antônio Carlos Morato ensina que:

A compensação é um instituto extremamente útil, pois possibilita ao credor de determinada obrigação, que simultaneamente seja devedor e credor de alguém, que desconte o valor (ou a quantidade) da obrigação do total que deve a outrem, tornando desnecessário acionar o Poder Judiciário, mais uma vez, a fim de ajuizar ação de cobrança daquela quantia que lhe é devida.

Nesse aspecto, Miguel Reale, ao discorrer acerca da natureza jurídica da compensação relata ‘(...) que a compensação se fundamenta no princípio da economia de meios e de formas, uma vez que a compensação tem também conteúdo processual, podendo ser invocada, por exemplo, como instrumento de defesa do executado na hipótese de ser-lhe exigido o pagamento de dívida suscetível de ser extinta até o limite do crédito que ele possa contrapor ao exequente.

(CAMILLO, Carlos Eduardo Nicoletti; FUJITA, Jorge Shigumitsu; JUNIOR, Luiz Antônio Scavone; TALAVERA, Glauber Moreno. [coordenadores] *Comentários ao Código Civil* artigo por artigo. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 375).

Dessarte, recalculado o valor do débito ao prosseguimento da lide executiva, a quantia paga a maior pelos Consumidores deverá se compensar

com o crédito da Casa Bancária e o em tese que sobejar será restituído aos Hipossuficientes.

Ademais, o *quantum* pago à maior deverá ser corrigido monetariamente pelo INPC/IBGE – Provimento n. 13/95 da Corregedoria Geral da Justiça do Estado de Santa Catarina – a partir do efetivo pagamento de cada quantia pelos Apelantes, acrescidos de juros moratórios de 0,5% a.m. – art. 1.02 do Código Clóvis Beviláqua – desde a cientificação do Banco para responder a presente demanda – 25-6-97, fl. 49 verso – até 10-1-03 e, daí em diante, em 1% a.m. – art. 406 do Código Civil, combinado com o art. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional.

Outrossim, friza-se que o aditamento de ofício sobre o *quantum* pago a maior não viola o princípio do dispositivo vez que decorre de lei.

3 Da sucumbência

Como consequência da cassação da sentença guerreada e do julgamento de plano dos pleitos deduzidos na exordial por este Paço da Justiça, a sucumbência deve ser recalibrada.

Dos requerimentos vazados na exordial, os Embargantes sobressaíram: a) integralmente vitoriosos em relação à limitação dos juros compensatórios; e compensação dos créditos; b) parcialmente triunfantes no que toca ao rebalçamento do anatocismo; e repetição do indébito; e c) derrotados em relação às prefaciais que tinham como escopo derribar a lide executiva; anulação da promessa de pagamento sob o fundamento de coação, erro e simulação; recomposição do poder de compra da moeda conforme a variação do INPC/IBGE; e cobrança em duplicidade da multa moratória.

Logo, tem-se hialinamente que os Contendores são reciprocamente vencedores e vencidos, o que autoriza a incidência do art. 21 do Código Buzaid.

Sendo assim, observado o conteúdo econômico do provimento jurisdicional, condenam-se os Litigantes ao pagamento *pro rata* das despesas processuais, e verba honorária que, com esteio no art. 20, § 4º, do supra-mencionado Diploma Legal, balizando-se nas alíneas “a”, “b” e “c” do § 3º do citado comando normativo, por conta do labor desenvolvido pelos Causídicos das Partes, o tempo despendido ao deslinde da causa, vez que proposta em 1996 e, também, observando-se o montante atualizado do débito, é arbitrada em R\$ 10.000,00 (dez mil reais), em favor dos Advogados dos Contendores, sem açambarcar o valor já estipulado na lide expropriatória.

Por derradeiro, apesar de a sucumbência ser recíproca e o contido na Súmula 306 do Superior Tribunal de Justiça, por aplicação da regra contida no artigo 23 da Lei n. 8.906/94, os honorários pertencem aos Advogados, razão pela qual não devem ser compensados.

É o quanto basta.

DECISÃO

Ante o exposto, por unanimidade:

- a) dá-se parcial acolhida ao Recurso para cassar a sentença guerreada;
- b) por autorização contida no art. 515, § 3º, do Código Buzaid, conhece-se em parte dos pleitos vazados na exordial dos Embargos dos Devedores e, nesse aspecto, julga-se-os parcialmente procedentes para:
 - b.1) limitar os juros remuneratórios em 12% a.a.;
 - b.2) até 30-3-00, permitir a cobrança do anatocismo exclusivamente na modalidade semestral e, daí em diante, no período mensal;
 - b.3) determinar a compensação dos créditos e a repetição do indébito na forma simples;

c) de ofício, adita-se o *quantum* pago a maior de correção monetária conforme o INPC/IBGE desde o pagamento de cada quantia e de juros moratórios em 0,5% a.m. desde 25-6-97 (fl. 49, verso) até 10-1-03 e, daí em diante, em 1% a.m.; e

d) recalibra-se a sucumbência nos termos suso vazados.

Comunique-se, ***em caráter de urgência***, o Juízo *a quo*, devendo-se juntar cópia deste aresto na Execução de Título Extrajudicial n. 010.96.000450-5.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Lédio Rosa de Andrade, e dele participaram os Exmos. Srs. Des. José Inácio Schaefer e Altamiro de Oliveira.

Florianópolis, 16 de novembro de 2010.

Carstens Köhler
RELATOR

Apelação Cível n. 2008.019665-9, de Blumenau

Relator: Des. José Inácio Schaefer

MONITÓRIA. Duplicatas aceitas por ex-sócio. Recibo do rodapé da nota fiscal-fatura subscrito por ex-funcionário da embargante. Embargos impugnando prova documental. Índícios de simulação bastantes.

Elementos da fraude apontados nos embargos e suficientemente corroborados na instrução, ensejam a desconstituição da prova documental que instruiu o pedido monitório.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2008.019665-9, da comarca de Blumenau (2ª Vara Cível), em que é apelante Arara Azul Malhas Ltda ME, e apelada Del Mondo Confecções Ltda:

ACORDAM, em Quarta Câmara de Direito Comercial, por votação unânime, negar provimento ao recurso. Custas legais.

RELATÓRIO

Arara Azul Malhas Ltda apelou da sentença proferida pelo juiz Jorge Luiz Costa Beber que acolheu embargos monitórios opostos por Del Mondo Confecções Ltda ME argumentando que os indícios apontados de cobrança de duplicatas simuladas, e sem origem em efetivo fornecimento de mercadorias não seriam convincentes ante a prova carreada com o pedido inicial e a instrução procedida (fls. 187/191).

O reclamo foi recebido no duplo efeito (fl. 194), tendo sido ofertadas contrarrazões alvitando o inacolhimento da insurgência (fls. 201/108).

É o relatório.

VOTO

Tem-se dito que compete à parte que alega a prova do fato modificativo, a exemplo da devedora de duplicatas aceitas, demonstrar a alegada simulação. No caso presente, as duplicatas vieram acompanhadas dos canhotos destacados das notas fiscais contendo a declaração de terem sido recebidas as mercadorias.

Procedida a instrução, sobreveio sentença a qual entendeu suficientemente comprovada a versão exposta nos embargos ao pedido monitório dispondo:

julgo improcedente a presente ação monitória aforada por Arara Azul Malhas Ltda contra Del Mondo Confecções Ltda ME, condenando a autora/embargada ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios do patrono da ré/embargante, fixados em R\$ 1.500,00, ex vi do art. 20, § 4º, do CPC (fl. 180/181).

O apelo da promovente divergiu entendendo que tal julgamento baseou-se em frágeis suposições ofertadas nos embargos ao pedido monitório.

A sentença assentou:

Sustenta a autora/embargada, em compendiado, que as duplicatas aceitas que instruíram a inicial possuem sua gênese na venda de camisetas confeccionadas para ré/embargante, conforme especificado nas respectivas notas fiscais e recibos de entrega de mercadorias, também apresentadas com a peça póstica.

A ré/embargante, na contra-mão dos aludidos fatos, sustenta que jamais recebeu as citadas mercadorias, dizendo que a pretensão da autora/embargada foi montada através de expedientes fraudulentos realizados pelo ex-sócio, Valdir João de Jesus, que contou com a colaboração de um ex-funcionário, Sandro Roberto Belo Figueroa, namorado da filha do primeiro, sendo deste último a assinatura nos recibos da entrega da mercadoria (fl. 175).

Depois de outros considerandos, inclusive a respeito do ponto nodal da demanda prosseguiu:

É natural que aquele que fraude alguma coisa busca cercar-se de mecanismos para acobertar ou dar aparência de veracidade ao ato espúrio cometido. Exatamente por isso a jurisprudência tem admitido que reconhecimento de tais atos pode ser proclamado através da soma de indícios e circunstâncias, aptas para viabilizar a expedição de um decreto judicial proclamando a anulabilidade do negócio jurídico ou dos títulos de crédito expedidos.

Transferindo tais ensinamentos para a espécie sob exame, ressalto ser incontroverso nos autos que Valdir João de Jesus, ex-sócio da empresa ré, foi a pessoa que timbrou o aceite nas duplicatas que instruíram a inicial. Tal constatação é facilmente apurada pelo cotejo daquelas assinaturas com a que se encontra às fls. 58.

Está demonstrado, também, que a pessoa que assinou os recibos de entrega de mercadoria foi Sandro Rogério Belo Figueroa, bastando, para tanto, comparar a assinatura que se encontra nos escritos que repousam às fls. 08/11 com aquela que se encontra às fls. 65.

Sandro Rogério, segundo afirmado na contestação, era namorado da filha do ex-sócio Valdir João de Jesus, fato, inclusive, admitido na réplica oferecida, com transcrição do depoimento do primeiro prestado perante a Justiça do Trabalho, onde anunciou que teve relacionamento pessoal com filha do ex-sócio da empresa por cerca de três anos (meados de 2003 a meados de 2006).

Estes fatos, por si só, não geram a convicção da fraude arditosamente urdida. Todavia, há que se coadjuvar tal circunstância com outros indícios que promanam dos autos, destacando-se que as duplicatas, notas fiscais e comprovantes de recebimento de mercadorias (fls. 6/11) foram emitidos no dia 07.02.2003, enquanto o aceite nos títulos deu-se em 10.02.2003.

O representante legal da embargada, Carlos Roberto dos Santos, ao prestar seu depoimento em juízo (fls. 124/125), caiu em contradição ao tentar explicar a origem das duplicatas, ...” (fl. 177).

Depois de transcrever o depoimento e destacar doutrina sobre o princípio da imediatidade, acrescentou:

Nas espécie sob estudo, restou evidente que Carlos Roberto dos Santos, representante legal da autora/embargada, tergiversou sobre

a origem do negócio que culminou com o saque das duplicatas hostilizadas pela embargante (fl. 178).

E prosseguiu no aponte dos fundamentos para acolhimento dos embargos:

Como forma de averiguar a regularidade da extração das duplicatas, foi ordenada a exibição do Livro de Duplicatas pela embargada, o que não foi cumprido sob a alegação de que a referida empresa está enquadrada na Lei do Simples e, diante disso, somando-se ao fato de ser micro-empresa, não possui obrigação de manter escrituração comercial. Tais argumentos não ostentam qualquer pertinência.

Em primeiro lugar, não há prova nos autos revelando que a embargada efetivamente se encontra enquadrada na Lei do Simples. Além disso, embora a obrigatoriedade do Livro de Duplicata não esteja explicitada no art. 11 do Código Comercial, a Lei nº 5.474/68, em seu art. 19, informa que, adotando a empresa o regime de vendas através de duplicatas, 'fica obrigada a ter e a escriturar o Livro de Registro de Duplicatas'. Trata-se, portanto, de livro obrigatório mesmo para empresa de pequeno porte.

Em outro parágrafo lembrou:

A não exigência de escrituração do Livro de Registro de Duplicatas realmente se dá para fins fiscais, no art. 7º da Lei 9.317/96, mas não nos casos que se enquadram no art. 1.191 do CC/2002, nos quais a exibição é absolutamente necessária para a resolução da lide e este é um deles.

E acrescentou:

Pertinente, pois, a aplicação do art. 358, inc. I, e 359 do CPC.

Com relação à mercadoria, a sentença pontuou:

Chama atenção, neste ponto, o volume de camisetas supostamente entregues, ou seja, aproximadamente vinte e quatro mil, somando-se a essa singularidade o fato da mesma empresa ter entregue, apenas dois dias antes, para mesma ré/embargante, outras dezoito mil camisetas.

É absolutamente inverossímil acreditar que uma empresa de pequeno porte, tal como a embargada se intitula, tenha condições de produzir quarenta mil camisetas em espaço tão curto de tempo.

Ainda observou a falta de plausibilidade para a circunstância de uma empresa na posse de duplicatas aceitas, “com valores expressivos, não promova a sua execução no prazo legal, deixando as mesmas serem carcomidas pela prescrição” concluindo:

Em resumo: encontram-se plantados nos autos indícios sérios e convincentes no tocante à simulação realizada pelo ex-sócio da empresa embargante, juntamente com a embargada, para obtenção da vantagem indevida, sem lastro em negócio mercantil efetivamente válido” (fl. 180).

O reclamo abordou alguns destes fundamentos.

Inicialmente questionou o fato da sentença ter partido de indícios trazidos pela parte adversa, relacionados com a origem dos documentos que instruíram o pedido inicial, privilegiando: a) equívoco do seu representante no depoimento pessoal, em relação as datas de entrega das mercadorias; b) capacidade de produção da apelante; c) falta de exibição de documentos contábeis.

Estes elementos de convicção não poderiam arredar as demais provas constantes dos autos, as quais evidenciariam que as partes mantiveram relações comerciais, estando os documentos comprobatórios subscritos por integrantes do quadro funcional da apelada, e acrescentou:

Ainda que não houvessem sido procedidos os registros das notas fiscais junto à exatoria estadual, em última e máxima análise, poderia conduzir, em tese, ao reconhecimento do não recolhimento de imposto sobre circulação de mercadorias. No caso dos autos, contudo, esta suposta conduta seria irrelevante, quanto menos ofuscaria a relação jurídica mantida entre a embargante, da qual exsurge a presente ação. Vale dizer que nada foi comprovado acerca do suposto conluio entre aqueles mencionados na defesa, o que seria da embargante, e do qual não se desincumbiu (fl. 189).

Nas contrarrazões foi pedida a rejeição da insurgência com a confirmação da sentença, pois teria sido sobejamente demonstrado que a apelada jamais recebeu as mercadorias especificadas nas notas fiscais antes referidas, o que teria sido corroborado pela prova oral produzida durante a instrução, aliado à falta de atendimento da determinação judicial tendente a averiguação da regular extração das duplicatas em causa. Analisou a expressiva quantidade de mercadorias contempladas nas notas fiscais e a alegação da apelante de que para tanto contou com terceirização de serviços, dentre outros aspectos destacados na sentença (fls. 201/208).

Tenho que a sentença recorrida, embora questionada em alguns de seus fundamentos, não merece reparo. Com efeito, foram cinco os indícios apontados pela sentença e o apelo limitou-se a questionar apenas três. Ficaram de fora da análise da insurgência o primeiro e último indício apontados no julgado, quais sejam, a circunstância de os documentos em causa virem subscritos por pessoas que de há muito não mais fazia parte da empresa apelada e a ausência de justificativa razoável para a demora em buscar o questionado e expressivo crédito.

Tal omissão, por si só, põe em evidência a total sem razão do reclamo. Não bastasse, observo que, além destas questões inatacadas no apelo, uma outra foi objeto de debate na primeira manifestação das partes, qual seja, as medidas antecedentes ao ingresso do pedido monitório:

Aliás Excelência, até a presente data o requerido foi inúmeras vezes instado a saldar amigavelmente a dívida, tendo aquele ignorado sempre sua obrigação (fl. 03 – item 4 da inicial) .

A presente medida monitória causa extrema estranheza a esta embargante, visto que, ao contrário do que afirma a embargada, jamais foi cobrada quanto ao inadimplemento das referidas notas. Muitos contatos foram estabelecidos entre as partes quanto a pendências existentes decorrentes das notas fiscais de número 306 e 276. Porém, jamais quanto às referidas notas de números 312 e 313, vez que a embargante jamais recebeu qualquer mercadoria referente estas notas (fl. 37 - embargos).

Ao replicar, a apelante nada trouxe para contrariar a veemente negativa feita na peça de resistência ora transcrita, de ausência de qualquer tratativa anterior para cobrar o débito em discussão. Limitou-se a tentar justificar a falta de protesto (fl. 90 – item 2.3).

Portanto, nenhum reparo está a merecer a sentença proferida pelo juiz que acompanhou a lide ao longo de todo seu trâmite no Primeiro Grau e, ao decidir a controvérsia, louvou-se em indícios vários, suficientemente demonstrados pela embargante ao longo da instrução.

Por todo o exposto, voto pelo improvimento do recurso.

DECISÃO

A Câmara, por unanimidade, negou provimento ao apelo, nos termos do voto do Relator.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Des. Lédio Rosa de Andrade, com voto, e dele participou o Des. Altamiro de Oliveira.

Florianópolis, 2 de fevereiro de 2010.

José Inácio Schaefer
RELATOR

QUINTA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

APELAÇÃO CÍVEL

Apelação Cível n. 2009.024692-6, de São José

Relator: Jânio Machado

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REVISÃO. CONTRATOS DE CARTÃO DE CRÉDITO E DE PARCELAMENTO DO SALDO DEVEDOR. FEITO QUE VEIO ACOMPANHADO DE CÓPIA DAS CLÁUSULAS GERAIS DO CONTRATO DE CARTÃO DE CRÉDITO. DETERMINAÇÃO DE EXIBIÇÃO PELA ADMINISTRADORA DO CONTRATO DE PARCELAMENTO. DESCUMPRIMENTO QUE ACARRETA A ADMISSÃO DOS FATOS COMO SENDO VERDADEIROS. ARTIGO 359, INCISO I, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. AUTORA QUE NADA REVELA A RESPEITO DOS ELEMENTOS ESSENCIAIS DA OPERAÇÃO, DEIXANDO DE INFORMAR O VALOR RENEGOCIADO E DAS PARCELAS OU MESMO A TAXA DE JUROS PRATICADA. PEDIDO DE REVISÃO QUE É INEPTO. VIABILIDADE, APENAS, DO EXAME DO CONTRATO DE UTILIZAÇÃO DO CARTÃO DE CRÉDITO. ADMINISTRADORA QUE SE EQUIPARA À INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. SÚMULA N. 283 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. JUROS REMUNERATÓRIOS. LIMITAÇÃO À TAXA MÉDIA DE MERCADO. SÚMULA 296 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E ENUNCIADOS I E IV DO GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO COMERCIAL. CAPITALIZAÇÃO DOS JUROS. PRÁTICA QUE, A PRINCÍPIO, É VEDADA DIANTE

DA AUSÊNCIA DE PACTO EXPRESSO. POSSIBILIDADE DA SUA EXIGÊNCIA, CONTUDO, EM PERIODICIDADE SUPERIOR A MENSAL, UMA VEZ QUE FOI ADMITIDA NA SENTENÇA E A AUTORA MOSTROU-SE SATISFEITA. INVIABILIDADE DE A CÂMARA REVISAR, DE OFÍCIO, A RELAÇÃO CONTRATUAL. PRETENSÃO DE EXIGÊNCIA DA MULTA CONTRATUAL DE 2% (DOIS POR CENTO) E DOS JUROS DE MORA DE 1% (UM POR CENTO) AO MÊS QUE JÁ FOI ATENDIDA NA SENTENÇA. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. REPETIÇÃO DO INDÉBITO. DIREITO ASSEGURADO, NA FORMA SIMPLES, PARA O FIM DE EVITAR O ENRIQUECIMENTO ILÍCITO E QUE INDEPENDE DE PROVA DO ERRO NO PAGAMENTO. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DESTA CORTE. POSSIBILIDADE DA INSCRIÇÃO DO NOME DO DEVEDOR NOS CADASTROS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. AUSÊNCIA DO DEPÓSITO DO VALOR INCONTROVERSO DA DÍVIDA OU DA OFERTA DE CAUÇÃO IDÔNEA. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA E PROPORCIONAL, COM COMPENSAÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. RECURSO CONHECIDO EM PARTE E, NA PARTE CONHECIDA, PROVIDO EM PARTE

1. É inepto o pedido de revisão de contrato se a autora não revela os elementos essenciais da operação realizada.

2. No contrato de cartão de crédito, não se mostra abusiva a contratação da taxa de juros remuneratórios que supere a 12% (doze por cento) ao ano, desde que observado, como limite, a taxa média de mercado que é informada pelo Banco Central.

3. Ainda que, no caso concreto, a capitalização dos juros não tenha sido pactuada, impõe-se a manutenção da decisão de primeiro grau, de autorizar a cobrança do encargo na periodicidade

superior à mensal, se a mutuária mostrou-se conformada, não podendo a Câmara, de ofício, revisar o contrato.

4. Carece de interesse processual o recorrente que busca o que já foi assegurado na sentença.

5. Admite-se a repetição do indébito de forma simples, com a devida compensação, o que torna desnecessária a prova do erro no pagamento.

6. Se a dívida existe e nada foi depositado em juízo, tampouco houve o oferecimento de caução idônea, inviável se apresenta a providência que proíbe o registro do nome do devedor no cadastro restritivo ao crédito.

7. Se ambos os litigantes são vencidos e vencedores, as despesas processuais e os honorários advocatícios serão recíproca e proporcionalmente distribuídos, feita a compensação prevista na súmula n. 306 do Superior Tribunal de Justiça.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2009.024692-6, da comarca de São José (3ª Vara Cível), em que é apelante Banco Simples S/A, e apelada Izolina Telles:

ACORDAM, em Quinta Câmara de Direito Comercial, por unanimidade, conhecer em parte e, na parte conhecida, dar parcial provimento ao recurso. Custas legais.

RELATÓRIO

Izolina Telles ajuizou “ação ordinária de revisão de cláusulas contratuais c/c pedido de tutela antecipada” contra Banco Simples S/A sob a alegação de que, no início de 2002, celebrou com a requerida contrato para a utilização do cartão de crédito Visa Angeloni n. 4231.5300.0183.3879;

usufruiu do limite de crédito disponível por meio de compras e saques; durante a relação contratual, a requerida exigiu encargos abusivos (juros superiores à taxa de 12% ao ano e ainda capitalizados, correção monetária com a adoção de fator diverso do INPC e sua cumulação com comissão de permanência e outros encargos), o que inviabilizou o pagamento do saldo devedor; o depósito em juízo dos valores que entende devidos é possível nos autos de ação revisional. Assim, pleiteou: a) a antecipação da tutela para que a requerida a.1) se abstenha de incluir o seu nome nos cadastros de proteção ao crédito ou deles retire, no caso de já o ter inscrito, e de levar a protesto os títulos emitidos em garantia do pacto ou suste aqueles já encaminhados e a.2) exiba o contrato de renegociação de dívida firmado pelas partes, as faturas mensais, o demonstrativo de cálculo dos valores reclamados e a autorização do Conselho Monetário Nacional para a sua exigência; b) a inversão do ônus da prova e c) a revisão do contrato.

A antecipação da tutela foi indeferida (fls. 29/32) e, desta decisão, a autora interpôs agravo de instrumento (fls. 34/49), que foi provido pela Segunda Câmara de Direito Comercial, na sessão de julgamento realizada no dia 2.3.2006 (fls. 114/145).

A instituição financeira apresentou contestação (fls. 50/89) com alegações de: a) impossibilidade jurídica do pleito de revisão de contrato quitado; b) existência de débito em relação às três últimas parcelas do mútuo firmado em 27.8.2004 para a liquidação do salvo devedor do cartão de crédito; c) ausência de demonstração da abusividade que justifique a revisão contratual; d) respeito às disposições do Código de Defesa do Consumidor; e) viabilidade da inscrição do nome da autora nos cadastros de proteção ao crédito e do protesto de títulos; f) insuficiência da quantia que a autora pretende depositar em juízo; g) legalidade das taxas de juros praticadas e dos encargos moratórios exigidos; h) ausência de comprovação da cobrança de juros capitalizados e do excesso proporcionado pela prática, o que acarreta a inépcia da inicial; i) inaplicabilidade do INPC

como fator de correção monetária; j) inexistência dos pressupostos para a inversão do ônus da prova; k) prevalência do princípio da irretratabilidade e l) inocorrência de lesão enorme.

A contestação foi impugnada (fls. 94/107) e a audiência conciliatória realizada (fl. 146), sem êxito, dizendo as partes não terem interesse na produção de prova. Em seguida, a instituição financeira exibiu documentos (fls. 149/196) e a autora apresentou manifestação, pleiteando a nomeação de perito contábil (fls. 200/201).

O digno magistrado Márcio Schiefler Fontes proferiu sentença (fls. 212/218), o que fez nos seguintes termos:

“III – Pelo exposto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE o pedido inicial com fulcro no art. 269, I, do Código de Processo Civil e, em consequência, estabeleço a revisão contratual nos seguintes termos:

- a) a taxa mensal dos juros remuneratórios deverá ser limitada à taxa média de mercado (coluna – crédito pessoal), operando sobre os valores financiados, tidos esses como a diferença entre o valor total da fatura mensal e aquele efetivamente pago, se superior ao mínimo estipulado, vedada a capitalização mensal;
- b) os valores pagos indevidamente em decorrência dos encargos suso afastados deverão ser compensados com as prestações inadimplidas pela autora, guardadas as devidas proporções;
- c) em caso de inadimplemento do valor mínimo da fatura, deverão ser aplicados, sobre este, na qualidade de encargos moratórios, a multa (2%) e os juros moratórios (1% ao mês), sem prejuízo dos encargos remuneratórios.

Apurada a aplicação de remuneração de capital abusiva, mantenho a antecipação dos efeitos da tutela concedida para vedar a inscrição da autora nos cadastros negativos. Ressalve-se que se constatado o inadimplemento dos valores após a readequação dos cálculos aos ditames da presente decisão, poderá a instituição financeira proceder a inscrição do nome da autora.

Os cálculos necessários à liquidação desta sentença deverão se realizar nos moldes do art. 475-A do Código de Processo Civil.

Ante a sucumbência em parte mínima da autora, condeno exclusivamente o réu ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, os quais fixo em R\$ 500,00 (quinhentos reais) por força do art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil.” (o grifo está no original).

Inconformada, a instituição financeira interpôs recurso de apelação cível (fls. 222/249) sustentando que: a) inexistente vício de consentimento ou abuso que justifique a declaração de nulidade de cláusulas contratuais; b) as normas do Código de Defesa do Consumidor não foram violadas; c) as taxas de juros praticadas não são abusivas e nem foram exigidas de forma capitalizada, o que, ainda assim, seria legal; d) a multa contratual de 2% (dois por cento) e os juros de mora de 12% (doze por cento) ao ano são exigíveis, porque foram pactuados; e) a autora não tem direito à repetição do indébito ou à sua compensação com o novo saldo devedor, havendo a necessidade da comprovação do pagamento em erro e f) faz jus à inscrição do nome da autora nos cadastros de proteção ao crédito.

A apelada, embora intimada (fl. 255), não apresentou resposta (fl. 256-v), e os autos vieram a esta Corte.

VOTO

A ação de revisão fez referência ao “instrumento particular de contrato de prestação de serviços de emissão, utilização e administração do cartão de crédito Banco Simples S.A.” a que a autora afirmou ter aderido, relativo ao uso do cartão de crédito Clube Angeloni Visa n. 4231.5300.0183.3879 (fl. 3), e a um outro contrato celebrado para a renegociação do seu saldo devedor.

A petição inicial veio acompanhada de cópia do instrumento acima referido (fls. 25/26), que é uma reprodução padrão, nela não sendo en-

contrada a assinatura dos contratantes, da fatura mensal com vencimento em 28.4.2004, no valor de R\$1.994,43 (mil, novecentos e noventa e quatro reais e quarenta e três centavos) (fl. 27), e do recibo de quitação, em 1º.4.2005, da parcela de R\$270,05 (duzentos e setenta reais e cinco centavos), vencida no dia 27.3.2005, relativa ao acordo de parcelamento de saldo devedor datado de 27.8.2004 (fl. 28). Por sua vez, a apelante exibiu, ainda, cópia das faturas mensais com vencimentos entre dezembro de 2001 a abril de 2004 e de novembro do mesmo ano a setembro de 2005 (fls. 155/167, 169/170, 172/196).

A leitura atenta das faturas mensais evidencia que a apelada vinha fazendo uso regular do cartão de crédito até o dia 29.12.2003 (consta nesta data o registro de compra em “SESI FM 555/FLORIANOPOLI”, embora os lançamentos a título de compras parceladas tenham se estendido até a fatura com vencimento em 28.3.2004, fls. 182/184) e desde a fatura de fevereiro de 2002 havia optado pelo pagamento com atraso ou a menor do saldo devedor. A partir da fatura do mês de fevereiro de 2004, no valor de R\$1.614,55 (mil, seiscentos e quatorze reais e cinquenta e cinco centavos), a apelada deixou de realizar qualquer pagamento, o que levou ao saldo devedor de R\$1.994,43 (mil, novecentos e noventa e quatro reais e quarenta e três centavos), registrado na fatura de abril de 2004 (fl. 185). Em novembro de 2004 (as faturas de maio a outubro de 2004 não vieram para os autos), todavia, verifica-se o saldo devedor de apenas R\$29,22 (vinte e nove reais e vinte e dois centavos) (fl. 186), que foi acrescido de “Encargos” a cada mês até ser liquidado pelo lançamento a crédito realizado na fatura do mês de setembro de 2005 sob a rubrica “REVERSAO ENCARGOS FINANCEIROS”, no valor de R\$71,39 (setenta e um reais e trinta e nove centavos) (fls. 187/195).

A redução do saldo devedor verificado na fatura do mês de abril de 2004 (R\$1.994,43, fls. 27 e 185) em relação àquela de novembro do mesmo ano (R\$26,42, fl.186), tal qual foi dito pela apelada e confirmado

pela própria apelante na contestação (fl. 52), resultou da celebração pelas partes de um acordo para o pagamento parcelado do saldo devedor, o que, segundo a apelante, foi assinado em 27.8.2004 e deveria ser pago em 12 (doze) parcelas, sendo que as 3 (três) últimas, com vencimentos entre maio e julho de 2005, estariam em aberto.

Com efeito, o recibo de quitação exibido à fl. 28 tem origem em um documento emitido no dia 27.8.2004 e faz referência ao parcelamento de saldo devedor do contrato de cartão de crédito:

“Belo Horizonte, 16 de março de 2005

Prezado cliente,

Visando facilitar o pagamento do parcelamento do saldo devedor de seu cartão de crédito abaixo identificado, o Banco Simples envia-lhe este boleto bancário, conforme acordo efetivado para pagamento na rede bancária até o vencimento e nas agências da Caixa Econômica Federal até a data indicada no campo instruções.

Mensalmente, antes da data de vencimento da parcela, você receberá o correspondente boleto bancário.

Atenciosamente,

Banco Simples S/A.” (*sic*).

A despeito da determinação à apelante, por ocasião do julgamento do agravo de instrumento n. 2005.025465-3 pela Segunda Câmara de Direito Comercial (fl. 144), para que exibisse cópia do acordo de renegociação, esta não veio para os autos. Em uma situação assim delineada, a regra prevista no artigo 359 do Código de Processo Civil estabelece que são considerados como sendo verdadeiros os fatos alegados pela apelada e que, por intermédio do documento omitido, se pretendia comprovar. No caso em apreço, contudo, a apelada nada revelou a respeito do contrato, desconhecendo-se até mesmo o seu valor (saldo devedor renegociado), o das parcelas e as taxas de juros praticadas, o que torna inviável a pretensão revisional (o pedido inicial é inepto, uma vez que carece de possibilidade

jurídica, conforme o contido no artigo 295, inciso I, parágrafo único, inciso III, do Código de Processo Civil).

Ou seja, ainda que se tenham como verdadeiras as afirmações da apelada postas na inicial, estas não são suficientes para viabilizar, nesta ocasião, o acolhimento do pleito de revisão contratual. Afinal, a última fatura emitida antes da data da celebração do acordo de renegociação, em 27.8.2004, corresponde à do mês de abril de 2004, não sendo possível conhecer o valor do saldo devedor que foi efetivamente renegociado.

Em relação ao contrato de utilização do cartão de crédito, os documentos exibidos, especialmente as cláusulas gerais registradas em Ofício de Títulos e Documentos, são suficientes para o exame do pedido revisional, o que se faz na sequência.

Os juros remuneratórios não encontravam limite no já revogado artigo 192, § 3º, da Constituição Federal, ou mesmo no Decreto n. 22.626/33, tendo a matéria sido objeto do enunciado n. I do Grupo de Câmaras de Direito Comercial.

Mais recentemente, o Supremo Tribunal Federal dirimiu a discussão relacionada à autoaplicabilidade do § 3º do artigo 192 da Carta Maior, editando a súmula vinculante n. 7: “A norma do § 3º do artigo 192 da Constituição, revogada pela Emenda Constitucional nº 40/2003, que limitava a taxa de juros reais a 12% ao ano, tinha sua aplicação condicionada à edição de lei complementar.”.

No que diz respeito às empresas que administram cartão de crédito, o Superior Tribunal de Justiça emitiu a súmula n. 283, assegurando a elas, também, a possibilidade de cobrarem juros remuneratórios em taxa superior ao limite do Código Civil ou da Lei de Usura: “As empresas administradoras de cartão de crédito são instituições financeiras e, por isso, os juros remuneratórios por elas cobrados não sofrem as limitações da Lei de Usura”.

Admite-se a cobrança de juros remuneratórios nos cartões de crédito em taxa superior a 12% (doze por cento) ao ano. A interferência da Câmara dá-se no instante em que se mostrar abusiva a taxa adotada pela administradora. De regra, valem-se os tribunais das taxas médias praticadas pelo mercado financeiro, conforme o que é informado pelo Banco Central do Brasil. Em relação aos cartões de crédito, contudo, nada ali é encontrado. E no endereço eletrônico daquele órgão oficial são encontrados esclarecimentos acerca da sua atuação, no que diz respeito às empresas que administram cartões de crédito:

“1. O Banco Central fiscaliza as administradoras de cartão de crédito?”

Nos termos do disposto pelo artigo 17 da Lei 4.595, de 31 de dezembro de 1964, o Conselho Monetário Nacional e o Banco Central não detêm competência para regulamentar e supervisionar as atividades das administradoras de cartões de crédito, por não serem consideradas instituições financeiras.

No entanto, quando a emissão e administração desses cartões são exercidas por instituições financeiras, a atividade está sujeita à ação normativa e fiscalizadora do Banco Central.” (o grifo está no original).

Ou seja, para os tribunais, as administradoras de cartão de crédito são instituições financeiras, a razão de se admitir a cobrança de juros remuneratórios acima do limite civil. Mas, o Banco Central assim não as considera, exceto quando o emitente e a administradora sejam, efetivamente, instituições financeiras. E esta seria a razão de não apresentar a taxa média de mercado para as operações de cartão de crédito, o que acaba por inviabilizar ou, quando menos, criar obstáculos na liquidação do julgado. Afinal, como apurar-se a taxa média de mercado se nenhum órgão oficial faz tal apanhado?

Há que se buscar soluções práticas que resolvam de vez o problema.

No presente caso, na cláusula sétima, item 7.1 (fl. 26), a apelada constituiu

“o EMISSOR seu bastante procurador, outorgando-lhe poderes especiais para, em seu nome e por sua conta, negociar e obter crédito junto às instituições financeiras, outorgando-lhe, ainda, poderes especiais para assinar contratos de financiamento, abrir conta e movimentar os valores financiados, acertar prazos, juros e encargos da dívida, repactuar taxas de juros, emitir títulos representativos do débito perante instituições financeiras ou, ainda, substabelecer no todo ou em parte o mandato ora outorgado.” (o grifo está no original).

Mais adiante, esclareceu-se o procedimento que culmina na obtenção de financiamento por iniciativa da administradora, o que se faz no interesse do cliente:

“7.2. O pagamento igual ou superior ao mínimo e não total do saldo devedor constante da Fatura Mensal acarretará o automático financiamento, pelo EMISSOR, do saldo devedor remanescente, desde a data de cada transação, conforme o caso, às taxas de financiamento então vigentes. Contudo, o atraso, a falta de pagamento ou pagamento inferior ao mínimo, acarretará mora, e sobre tal valor serão cobrados, além dos encargos acima relacionados, aqueles decorrentes da infração contratual, previstos na Cláusula 10.1. A Fatura poderá apresentar outras transações decorrentes de outros contratos aos quais o TITULAR aderiu.

7.3. O TITULAR que optar pelo financiamento de suas despesas será cobrado exclusivamente pelo valor de suas compras, saques e/ou serviços acrescidos dos encargos financeiros e moratórios cobrados pela instituição financeira financiadora. O EMISSOR informará, mensalmente ou sempre que necessário, através da fatura mensal, o percentual máximo dos encargos contratuais a serem cobrados do TITULAR, que se compõem dos custos de financiamento relativo ao mês em referência, bem como o percentual máximo para o mês subsequente.” (o grifo está no original) (fl. 26).

A cláusula-mandato acima, tem dito o Superior Tribunal de Justiça (dentre outros, veja-se: Agravo de Instrumento n. 1.306.048/SP, decisão

monocrática da ministra Nancy Andrighi, de 16.6.2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 8 fev. 2011), é válida e, por isso mesmo, deve ser respeitada.

Nas faturas mensais trazidas para os autos são informadas as taxas de juros praticadas nas operações do tipo “rotativo/saque” e “parcelado”.

O Grupo de Câmaras de Direito Comercial enfrentou o tema e concluiu pela validade das taxas informadas nas faturas, exceto se o contrário ficar demonstrado:

“EMBARGOS INFRINGENTES. AÇÃO REVISIONAL. CARTÃO DE CRÉDITO. JUROS REMUNERATÓRIOS. FLUTUANTES. RECONHECIMENTO DA POTESTATIVIDADE COM IMPOSIÇÃO DE TAXA LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. LIMITAÇÃO À TAXA MÉDIA DE MERCADO. SÚMULA N. 296 DO STJ. ENUNCIADO N. I DO GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO COMERCIAL. PRECEDENTES. RECURSO PROVIDO.

“No que diz respeito aos contratos de cartão de crédito, sobreleva-se o fato de usualmente não haver um instrumento assinado pelas partes, pois o contrato aperfeiçoa-se quando o consumidor efetivamente utiliza o cartão pela primeira vez.

Igualmente, destaca-se que os juros remuneratórios na referida espécie de contrato são flutuantes, o que naturalmente impede que haja desde logo uma estipulação contratual fixando uma taxa específica.

Em razão dessas particularidades, entende-se que as taxas de juros remuneratórios informadas nas faturas mensais são válidas, desde que não ultrapassem a aludida taxa média [de mercado]” (AC n. 2008.055162-8, da Capital, rel. Des. Jorge Schaefer Martins, j. 16-12-2008).”. (Embargos infringentes n. 2009.059969-0, da Capital/Estreito, relator o desembargador Jorge Luiz de Borba, j. em 14.4.2010. Disponível em: <<http://www.tjsc.jus.br>>. Acesso em: 8 fev. 2011).

Mais:

“EMBARGOS INFRINGENTES. AÇÃO DE REVISÃO DE CONTRATO DE CARTÃO DE CRÉDITO. INCIDÊNCIA DOS JUROS REMUNERATÓRIOS. NEGÓCIO FIRMADO SEM A EXPRESSA INDICAÇÃO DO ÍNDICE COBRADO MENSALMENTE. LIMITAÇÃO AO PATAMAR DE 12% (DOZE POR CENTO) ANUAIS. INVIABILIDADE. EMPREGO, NO CASO, DA TAXA MÉDIA DE MERCADO. MATÉRIA PACIFICADA NO ÂMBITO DO STJ. PREVALÊNCIA DO VOTO VENCIDO. RECURSO PROVIDO.

Pactuada a cobrança dos juros remuneratórios em contrato de cartão de crédito, sem a expressa indicação, porém, dos índices incidentes, não há falar em limitação dos referidos encargos em 12% (doze por cento) anuais. Prepondera, na hipótese em discussão, a média de mercado das operações bancárias da mesma espécie.” (Embargos Infringentes n. 2009.011213-7, de Tubarão, relator o desembargador Ricardo Fontes, j. em 13.5.2009. Disponível em: <<http://www.tjsc.jus.br>>. Acesso em: 8 fev. 2011).

Assim, porque inexistente uma tabela específica do Banco Central para cartão de crédito, a taxa média de mercado é apurada em conformidade com o uso das taxas praticadas nas operações do tipo cheque especial – pessoa física (agravo do § 1º do artigo 557 do Código de Processo Civil na apelação cível n. 2008.042835-0, Terceira Câmara de Direito Comercial, relator o desembargador Cláudio Valdyr Helfenstein, j. em 16.3.2010. Disponível em: <http://www.tjsc.jus.br>. Acesso em: 8 fev. 2011).

No caso concreto, apenas a título de comparativo entre as taxas de juros informadas nas faturas exibidas e aquelas divulgadas pelo Banco Central como sendo a média de mercado para a operação do tipo cheque especial para pessoa física (Tabela XV. Disponível em: <<http://www.bacen.gov.br>>. Acesso em: 8 fev. 2011), observa-se que as taxas praticadas superaram a média de mercado desde a fatura do mês de julho de 2002, mas mantiveram um patamar razoável até fevereiro de 2004, a partir de quando passaram a ser consideradas abusivas, nos termos da Súmula 296 do Superior Tribunal de Justiça:

Período de vencimento da fatura	Taxa de juros informada na fatura	Taxa média divulgada pelo Bacen (cheque especial – pessoa física)	Mês e ano de apuração
De 28.12.2001 a 28.6.2002	7,49%	Entre 8,23% e 8,30%	dezembro/2001 a junho/2002
De 28.7.2002 a 28.2.2004	8,90%	Entre 7,68% e 8,91%	julho/2002 a fevereiro/2004
De 28.3.2004 a 28.3.2005	9,79%	Entre 7,58% e 7,80%	março/2004 a março/2005
De 28.4.2005 a 28.8.2005	10,90%	Entre 7,85% e 7,88%	abril/2005 a agosto/2005
Em 28.9.2005	11,40%	7,89%	setembro/2005

Devem ser mantidas, então, as taxas informadas nas faturas até a do mês de fevereiro de 2004, inclusive, a partir de quando prevalecerá a orientação desta Câmara, que é a adoção da Tabela XV, cheque especial à pessoa física, do Banco Central.

A capitalização dos juros está bem evidenciada nos autos, conclusão que se retira do exame das faturas mensais (ao saldo devedor do mês era acrescido o encargo, que passava a compor o principal e, no mês subsequente, sofria nova incidência de encargos). Afinal, capitalização dos juros nada mais é do que a cobrança de juros sobre os juros, o procedimento corriqueiro numa operação realizada por instituição bancária (artigo 335 do Código de Processo Civil).

A exigência de juros capitalizados pressupõe a existência de pacto expresso e de lei autorizando a adoção da prática em uma determinada espécie contratual. Antes da edição da Medida Provisória n. 1.963-17, de 31.3.2000, tal autorização existia em relação às cédulas de crédito comercial, industrial e rural (artigo 5º, “caput”, dos Decretos-lei n. 167/67 e 413/69 e da Lei n. 6.840/80, além da orientação encontrada na Súmula 93 do Superior Tribunal de Justiça), bem ainda para os contratos de abertura de crédito em conta corrente, em que era prevista a capitalização

anual dos juros (artigo 4º do Decreto n. 22.626/33). Após a sua edição, a capitalização dos juros passou a ser admitida em periodicidade mensal e para outras operações (confira-se, a respeito do tema, a Apelação Cível n. 2004.023414-7, de Itapema, Terceira Câmara de Direito Comercial, relator o desembargador Paulo Roberto Camargo Costa, j. em 30.4.2009. Disponível em: <<http://www.tjsc.jus.br>>. Acesso em: 8 fev. 2011).

A despeito de a relação contratual ter sido iniciada após o advento da Medida Provisória n. 1.963-17, de 31.3.2000 (a primeira fatura foi emitida em dezembro de 2001), o contrato de cartão de crédito de fls. 25/26 não contém pacto expresso prevendo o encargo, o que inviabiliza sua cobrança em qualquer de suas modalidades. Contudo, diante da proibição em primeiro grau apenas da capitalização mensal, a prática deverá ser admitida em periodicidade superior, uma vez que a apelada mostrou-se conformada com a decisão e a Câmara está impedida de revisar, de ofício, a relação contratual (Súmula 381 do Superior Tribunal de Justiça).

A exigência da multa de 2% (dois por cento) e dos juros moratórios à taxa de 1% (um por cento) ao mês já foi autorizada na sentença, inexistindo o interesse recursal no pedido de cobrança.

A repetição do indébito, com compensação, se for o caso, é devida na forma simples e independe da prova do erro, sendo suficiente a invocação do princípio que veda o enriquecimento ilícito. Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu:

“AGRAVO REGIMENTAL. REVISÃO DE CONTRATOS FINDOS. POSSIBILIDADE. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. INEXISTÊNCIA DE ERRO. IRRELEVÂNCIA. RECURSO MANIFESTAMENTE INADMISSÍVEL. MULTA DO ART. 557, § 2.º, CPC. RECURSO IMPROVIDO.

(...)

2. A jurisprudência deste Sodalício Superior é assente no sentido de que a compensação de valores e a repetição de indébito são

cabíveis sempre que verificado o pagamento indevido, em repúdio ao enriquecimento ilícito de quem o receber, independentemente da comprovação do erro.

(...).” (Agravo regimental no recurso especial n. 1.053.733, do Paraná, Quarta Turma, relator o ministro Luis Felipe Salomão, j. em 4.5.2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 8 fev. 2011).

E, ainda:

“AÇÃO REVISIONAL. MÚTUO HABITACIONAL. SFH. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO. POSSIBILIDADE DE REPETIÇÃO DO INDÉBITO APENAS DA FORMA SIMPLES. PRECEDENTES. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ.

(...)

2. No tocante à repetição do indébito, este Tribunal já decidiu pela sua admissão, independentemente da prova de que o pagamento tenha sido realizado por erro; todavia, tão-somente, em sua forma simples.

(...)

4. Agravo regimental a que se nega provimento.” (Agravo regimental no recurso especial n. 877.324, do Rio Grande do Sul, Quarta Turma, relator o juiz federal convocado do Tribunal Regional Federal da 1ª Região Carlos Fernando Mathias, j. em 9.9.2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 8 fev. 2011).

Nesta Corte, é encontrada a mesma compreensão:

“(...)

REPETIÇÃO DO INDÉBITO – POSSIBILIDADE – RESTITUIÇÃO DOS VALORES PAGOS A MAIOR NA FORMA SIMPLES A SER AFERÍVEL EM LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA – EXEGESE DO DISPOSTO NO ART. 42 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – MANUTENÇÃO DA SENTENÇA NESSE PONTO – RECURSO DESPROVIDO.

O entendimento pacificado nesta Terceira Câmara de Direito Comercial, em face da abusividade de cláusulas contratuais, é no sentido de admitir a compensação ou repetição do indébito de forma simples, ante o princípio da vedação do enriquecimento sem causa, independentemente da prova de erro no pagamento.

(...)." (Apelações cíveis n. 2005.024262-7 e 2005.024263-4, de Criciúma, Terceira Câmara de Direito Comercial, relator o desembargador Paulo Roberto Camargo Costa, j. em 10.9.2009. Disponível em: <<http://www.tjsc.jus.br>>. Acesso em: 8 fev. 2011).

Então, na fase de cumprimento da sentença, serão apurados os valores cobrados indevidamente pela apelante, nos termos da fundamentação antes exposta. Primeiramente, faz-se a compensação com o que é devido. Por último, faz-se a restituição de eventual indébito à apelada, na forma simples.

A pretensão da apelante, de inscrever o nome da apelada em cadastros de proteção ao crédito, merece acolhimento, uma vez que a apelada não depositou em juízo a parcela incontroversa da dívida (nem mesmo o valor das compras realizadas com o cartão de crédito) ou, quando menos, ofertou caução idônea:

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONTRATO BANCÁRIO. POSSIBILIDADE DE INSCRIÇÃO DO NOME DO DEVEDOR NOS CADASTROS DE INADIMPLENTES. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. - Conforme orientação da Segunda Seção deste Tribunal, o deferimento do pedido de cancelamento ou de abstenção da inscrição do nome do devedor nos cadastros de proteção ao crédito depende da comprovação do direito com a presença concomitante de três elementos: a) ação proposta pelo devedor contestando a existência integral ou parcial do débito; b) que haja efetiva demonstração de que a contestação da cobrança indevida se funda na aparência do bom direito; c) sendo parcial a contestação, que haja o depósito da parte incontroversa ou a prestação de caução idônea, ao prudente arbítrio do magistrado.

2. Agravo regimental não provido, com aplicação de multa prevista no art. 557, § 2º, do CPC.” (Agravo Regimental no Agravo de

Instrumento n. 825.101, de Santa Catarina, Quarta Turma, relator o ministro Luis Felipe Salomão, j. em 23.3.2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 8 fev. 2011).

Igual orientação é encontrada nesta Corte:

“APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO COM PEDIDO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO - JUROS REMUNERATÓRIOS - CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO EM CONTA CORRENTE - CHEQUE ESPECIAL

(...)

INSCRIÇÃO DO NOME DO AUTOR NOS ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO - POSSIBILIDADE - NÃO CONFIGURAÇÃO DOS REQUISITOS CUMULATIVOS NECESSÁRIOS À ELISÃO DA MORA - POSTULAÇÃO INACOLHIDA.

(...).” (Apelação Cível n. 2006.029465-0, da Capital, Terceira Câmara de Direito Comercial, relator o desembargador Cláudio Valdyr Helfenstein, j. em 29.4.2010. Disponível em: <<http://www.tjsc.jus.br>>. Acesso em: 8 fev. 2011).

O acolhimento parcial do recurso interposto altera a equação montada no primeiro grau, no que diz respeito à distribuição do ônus da sucumbência na ação revisional, impondo-se a sua adequação. Assim, ainda que autorizada uma certa dose de discricionariedade na tarefa, admite-se a presença de sucumbência recíproca (artigo 21, “caput”, do Código de Processo Civil). A apelante suportará o pagamento de 30% (trinta por cento) das despesas processuais, enquanto que à apelada corresponderá o pagamento dos restantes 70% (setenta por cento), fazendo-se a compensação de que trata a Súmula 306 do Superior Tribunal de Justiça.

Com essas considerações, então, o recurso interposto é conhecido em parte e, na parte conhecida, provido em parte para o fim de: a) limitar a taxa de juros remuneratórios à média de mercado que é informada pelo Banco Central (Tabela XV de cheque especial – pessoa física) a partir da fatura correspondente ao mês de março de 2004, mantendo as taxas praticadas

nas faturas anteriores; b) determinar a restituição dos valores cobrados a maior, o que se fará na forma simples, após a compensação com o novo saldo devedor apurado na fase de cumprimento de sentença; c) autorizar a inscrição do nome da apelada nos cadastros de proteção ao crédito e d) redistribuir o ônus da sucumbência, conforme a fundamentação acima.

Por último, e apenas evitando a desnecessária interposição de embargos de declaração, ainda que para fins de presquestionamento e acesso à instância recursal superior, afirma-se a ausência de violação aos artigos 282, inciso VI, 283, 286, 333, inciso I, e 396, todos do Código de Processo Civil, aos artigos 39, 43, 44, 46 e 52, todos do Código de Defesa do Consumidor, aos artigos 104, 112, 591 e 877, todos do Código Civil, e ao artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal, os quais foram, mesmo que implicitamente, aqui examinados.

DECISÃO

Ante o exposto, a Quinta Câmara de Direito Comercial, por unanimidade, conhece em parte e, na parte conhecida, dá parcial provimento ao recurso.

O julgamento, realizado no dia 24 de fevereiro de 2011, foi presidido pelo desembargador Cláudio Valdyr Helfenstein, com voto, e dele participou a desembargadora Soraya Nunes Lins.

Florianópolis, 28 de fevereiro de 2011.

Jânio Machado
RELATOR

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

APELAÇÃO CÍVEL

Apelação Cível n. 2010.077284-1, da Capital

Relator: Des. Vanderlei Romer

CONSTITUCIONAL E CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PRESSUPOSTOS INDEMONSTRADOS. ALEGADO EXCESSO POR PARTE DE POLICIAIS MILITARES. ESTRITO CUMPRIMENTO DO DEVER LEGAL E LEGÍTIMA DEFESA. IMPROCEDÊNCIA. RECURSO ESTATAL PROVIDO.

Hipótese em que os autores buscam a reparação dos danos morais que afirmam ter sofrido em virtude da conduta violenta e desmedida de policiais militares, os quais os teriam ferido injustamente ao tentarem apaziguar uma situação de animosidade entre os prepostos do Estado e membros de sua comunidade.

Experiência comum e acervo probatório, embora com a presença de depoimentos discrepantes, que evidencia que a ação mais severa dos militares decorreu da hostilidade manifesta e exteriorizada pelos supostos ofendidos, que lhes lançaram palavras de baixo calão e, não contentes, lançaram-lhes objetos.

Nesse passo, inviável se dar guarida às alegações dos requerentes, pois se se cuidasse de uma pequena altercação, não haveria a necessidade de reforço policial, como exsurge da prova fotográfica, perfeitamente justificável diante do aglomerado de pessoas e, como ninguém ignora, “imerso no coletivo, o indivíduo extrapola

a si mesmo, para o bem e para o mal” (http://www2.uol.com.br/vivermente/reportagens/em_sintonia_com_o_coletivo_imprimir.Html).

Além disso, é demasiado coincidência que, ao que se tem, apenas as ditas vítimas tenham sido feridas, o que torna de todo crível a versão estatal, de que foram eles que deram início às agressões.

Contexto que infirma o entendimento esposado na *sententia* de que os militares atuaram como amadores, pecando pela ausência de cautela, porquanto comprovado que primeiramente desferiram tiros com balas de borracha para o chão e tentaram o diálogo com os presentes.

Estrito e evidente cumprimento de dever legal mais do que evidenciado, pois a própria situação de risco, de perigo, foi criada pelos autores e demais pessoas (eram muitas) que se encontravam reunidas nas proximidades, havendo fortes indícios de que seria praticada após a nefasta farra do boi, tanto que os policiais para lá se dirigiram diante de uma denúncia de que tal ocorreria.

“Nos termos do que dispõe o art.144, inciso V, § 5º, da Constituição Federal de 1988, à Polícia Militar, incube, segundo as prescrições legais e regulamentares estabelecidas, exercer não só as atividades de prevenção criminal, como também aquelas de repressão criminal, e, ainda, aquelas outras que, sem ser próprias de Polícia de Segurança, forem-lhe cometidas pela legislação pertinente, a fim de, em nome do Estado, zelar pela preservação da ordem pública.

“Não havendo demonstração de terem os agentes públicos atuado a margem do estrito cumprimento de um dever legal, incorrido em excesso ou em comportamento contrário à lei, conclui-se, pela ausência dos os elementos necessários para a configuração da responsabilidade do Estado, afastando, assim, o

dever de indenizar” (TJMG, Ap. Cív. n. 1.0024.06.049394-7/00, rela. Desa. Teresa Cristina da Cunha Peixoto).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2010.077284-1, da comarca da Capital (1ª Vara da Fazenda Pública), em que é apelante Estado de Santa Catarina, e apelados Roberto Ataíde da Silveira e outro:

ACORDAM, em Primeira Câmara de Direito Público, por votação unânime, dar provimento ao recurso do Estado de Santa Catarina. Custas legais.

RELATÓRIO

Cuida-se de ação de indenização por danos morais aforada por Roberto Ataíde da Silveira e Itamar José de Souza contra o Estado de Santa Catarina.

Segue relato sintetizado dos fatos que redundaram na propositura da *actio*:

No dia 22 de março de 2008, policiais militares tentaram adentrar na residência do sogro de Itamar José de Souza a fim de localizar um indivíduo conhecido na região como “Maiquinho”, que havia entrado no respectivo terreno. O autor impediu-os, dizendo que só poderiam fazê-lo se portassem um mandado judicial, o que provocou uma reação desmedida dos prepostos do Estado, os quais chutaram o portão, quebrando-o.

Esse ato acabou por chamar a atenção das pessoas que participavam de uma confraternização em estabelecimento vizinho ao imóvel. Roberto Ataíde da Silveira, na tentativa de apaziguar os ânimos, solicitou aos policiais que se retirassem do local, em razão da presença de crianças e mulheres e do caráter pacífico da reunião.

Subitamente, todavia, foi lançada uma bomba de gás em direção à casa e, na sequência, os policiais desferiram tiros com balas de borracha. Ambos os autores foram atingidos e tiveram que ser encaminhados ao Hospital. Durante o trajeto, pararam na 8ª Delegacia de Polícia, na qual encontraram seis policiais que participaram do ocorrido. Após indagar sobre quem teria sido o responsável pelos disparos, acabaram por ser conduzidos a uma cela por cerca de vinte minutos, e, posteriormente, foram levados a um posto de saúde pelos próprios policiais, que constataram a gravidade de seus ferimentos. Finalmente, foram encaminhados à Delegacia de Polícia do Bairro Trindade e liberados por volta da 1h da manhã.

Em 5 de maio de 2008, compareceram a uma audiência judicial, ocasião em que foram cientificados de que foram alvo de uma série de acusações feitas pelos militares. Por entenderem que os fatos foram distorcidos, rejeitaram a transação penal proposta e preferiram aguardar o término do inquérito policial instaurado para a averiguação dos fatos.

Disseram os autores que a hipótese retrata típico abuso de poder, nos termos da Lei n. 4.989/1965.

Assinalaram que sofreram lesões graves, causadas pelas balas de borracha, sem que houvesse razão justificada para tanto, e que, não bastasse o sofrimento físico, viram-se envolvidos em uma situação altamente ofensiva a sua honra e a sua imagem, dado que são trabalhadores honestos e dedicados, com reputação ilibada.

Destacaram, ainda, a ilegalidade da prisão, porquanto desmotivada.

Daí o requerimento pela condenação do réu a lhes indenizar dos danos morais sofridos, em valor a ser arbitrado em juízo.

Em contestação, o réu afirmou que os agentes públicos atuaram no estrito cumprimento de seu dever legal, o que afasta a antijuridicidade do ato que lhes é atribuído.

Expôs que, conforme apurado em inquérito policial militar, os membros da comunidade foram denunciados por estar realizando a “farra do boi”, ilícito penal nos termos do artigo 32 da Lei n. 9.605/1998, e que, ao chegar ao local, a guarnição deparou-se com um aglomerado de pessoas, várias embriagadas, dentre elas Maykon Donizete Cláudio, ao qual foi dada voz de prisão. O indivíduo, entretanto, evadiu-se e os integrantes da festa passaram a xingar e a hostilizar os policiais, que solicitaram apoio via rádio. A situação agravou-se, com o arremesso de garrafas e pedras contra os prepostos, inclusive. Foram então lançadas granadas de controle a fim de controlar o distúrbio civil e desferidos tiros contra os requerentes, que foram identificados como os responsáveis pelo atiramento dos objetos. Já na delegacia, para onde foram conduzidos, ambos passaram a discutir e a desacatar os policiais, sendo, então, presos por desacato e ameaça. Após a lavratura de Termo Circunstanciado, foram liberados.

Argumentou o ente público que a intervenção foi necessária para controlar o tumulto, conclusão a que se chegou no mencionado inquérito, arquivado ante a inexistência de indícios de crime militar.

Finalizou dizendo que, legítimo o ato, não há falar em danos morais, o que impõe a improcedência da pretensão inaugural.

Houve réplica.

Ultimada a instrução processual, foi proferida a sentença. O MM. Juiz acolheu o pedido, fixando a indenização em R\$ 10.000,00 (dez mil reais) para cada autor, atualizado pela taxa Selic desde o evento danoso.

A tempo e modo, recorreu o vencido.

Em suas razões, reeditou a argumentação apresentada na defesa. Na hipótese, contudo, de ser mantida a condenação, requereu a minoração da verba indenizatória, bem como dos honorários advocatícios. Pontuou, de outro vértice, que o critério adotado para a correção monetária está

equivocado, pois, em se tratando de dano moral, a respectiva indenização deve ser atualizada desde o seu arbitramento, e, uma vez que a Selic engloba juros e correção monetária, inviável a sua incidência.

Com as contrarrazões, alçaram os autos.

VOTO

A controvérsia posta nos presentes autos gira em torno de episódio que, de acordo com os autores, envolveu excesso por parte de policiais militares, os quais teriam feito uso indevido e desnecessário de armas e outros mecanismos para o controle de distúrbio civil – CDC.

Essa versão, apresentada na exordial, é impugnada pelo Estado, que sustenta veementemente que os supostos ofendidos, bem como os demais indivíduos presentes na ocasião, alguns deles bastante embriagados, antagonizaram os seus prepostos, obrigando-os a tomar medidas extremas para pôr um fim ao tumulto e para assegurar a sua incolumidade física, inclusive. Em suma, invoca o estrito cumprimento do dever legal e a legítima defesa, causas excludentes de sua responsabilidade, que, *in casu*, é sabidamente objetiva (artigo 37, § 6º, da Constituição Federal).

Na *sententia*, da boa lavra do Dr. Luiz Antônio Zanini Fornerolli, teceu-se lógica e percuciente exposição dos fatos que originaram a ação. Sabiamente, atentou o Julgador para aspectos decorrentes da experiência comum, os quais envolvem precipuamente a realidade das comunidades mais tradicionais da Ilha de Santa Catarina.

Confira-se:

A primeira advertência que se empreende é que o dia do ocorrido era véspera de domingo de Páscoa, época em que costumeiramente se realiza a famigerada “farra do boi”, segundo versa a tradição açoriana.

Aliás, a defesa e os PM’s ouvidos tocam sobre o assunto, informando que os convivas estavam se preparando para a “farra”, havendo,

inclusive, cavalos amarrados próximos ao local. Não bastasse isso, boatos corriam de que na circunvizinhança se realizaria a festa açoriana de maltrato ao boi.

É da experiência comum de quem vive e foi criado em Florianópolis que nessa época do ano, nas regiões marcadas pela cultura açoriana, como é o caso do Santinho, ainda se materializam essa indiciosa forma de “expressão cultural”, ainda que ao arrepio da lei.

Não se está dizendo que isso, de fato, ocorreu. Porém, há plausibilidade das informações de que a farra antecedeu ou antecederia naquelas imediações.

Nessas circunstâncias, é forte a presença de pessoas alcoolizadas e inamistosas à atividade policial, mesmo que esta só esteja ali para cuidar da segurança pública, o que resulta antipatia social por parte daqueles que vislumbram a atuação estatal como cerceamento à liberdade.

Assim, nessa época do ano é frequente a “farra do boi” e também uma série de refregas envolvendo PM’s no exercício da função pública com os farristas. **É, na verdade, uma animosidade latente na população local que se diz carecedora de segurança pública e que se aflora nessa época onde se dá a farra – geralmente fim de ano e Páscoa.**

Portanto, a confusão é presumível, ao que se inadmite amadorismo das autoridades públicas. Quanto a isso não há tergiversação (fl. 424, sem grifo no original).

Na sequência, o Julgador singular expõe as razões que o levaram a acolher a pretensão, as quais centram-se no despreparo dos policiais. Convenceu-se o Magistrado de que, conquanto não seja duvidoso “que os frequentadores da dita festa também deram ensejo ocorrido” (fl. 426), a reação dos militares foi desproporcional e profissionalmente imatura, o que deu azo à responsabilização do ente público.

Discorda-se.

Como registrado em judicioso precedente do Tribunal de Justiça de Minas Gerais,

À polícia militar, incumbe, segundo as prescrições legais e regulamentares estabelecidas, exercer não só as atividades de prevenção criminal, como também aquelas de repressão criminal, e, ainda, aquelas próprias de Polícia de Segurança, são também de sua responsabilidade por força da legislação pertinente, a fim de em nome do Estado, zelar pela ordem pública, nos termos do que dispõe o art. 144, inciso V, § 5º, da Constituição Federal de 1988 [...].

Com efeito, a ordem social, há que ser mantida, preventiva ou repressivamente, quando o indivíduo ou uma parcela da coletividade põe em risco a tranquilidade social ou atenta contra pessoas ou bens, públicos ou particulares, legitimando-se a intervenção policial na esfera dos direitos e liberdades do cidadão através do poder de polícia do Estado, que lhe confere a possibilidade de agir em concreto, pondo em atividade todo o aparelhamento de que dispõe a fim de assegurar o bem estar público ameaçado “ (Ap. Cív. n. 1.0024.06.049394-7, rela. Des. Teresa Cristina da Cunha Peixoto).

Assim sendo, entende-se que

Tendo em vista que a principal função da polícia militar reside em manter a ordem e segurança pública, algumas atitudes se mostram necessárias no exercício desse mister. Havendo suspeita de atividade ilícita, é dever da polícia tomar as medidas necessárias, tais como: revista pessoal e do local, questionamentos, verificação de documentos, dentre outras, a fim de apurar a realidade dos fatos.

Contudo, qualquer conduta que extrapole o estrito cumprimento do dever legal inerente à atividade da polícia militar, há que ser repelida, sob pena de se referendar atitudes arbitrárias, com claro abuso de autoridade perante os administrados (Apelação Cível n. 2009.060676-8, da Capital, rel. Des. Ricardo Roesler, sem grifo no original).

Na hipótese, não se tem por configurado o excesso, mas, sim, a adoção de uma postura mais contundente, mais enfática, necessária para o controle da situação e manutenção da ordem pública, evidentemente posta em risco.

Em que pese a tentativa dos autores de demonstrarem que a agressão partiu inicialmente dos policiais militares, e que se houberam de forma

pacífica, chama a atenção a circunstância de apenas os dois terem sido feridos a bala. Não há notícia de que nenhum outro indivíduo o tenha sido. Há menção a ferimentos infligidos a Paulo Cesar Santana Guimarães (fl. 73), que teria sofrido uma coronhada. Cuida-se, entretanto, de questão alheia aos presentes autos.

Ora, convenha-se, é demasiada coincidência que somente eles tenham sido atingidos pelos tiros, o que põe em xeque a assertiva de que os policiais atiraram ao léu.

Ao que tudo indica, os requerentes estavam realmente exaltados, os policiais foram efetivamente provocados, dado que foram lançadas pedras e garrafas contra eles (fl. 207). A fotografia de fl. 170 retrata que uma viatura teve a sua lanterna quebrada. Enfim, obrigaram-se os militares a atingir os agressores para contê-los.

Mas antes, enfatize-se, foram disparados tiros para o chão (fl. 315), numa manifesta tentativa de encerrar a confusão, sem êxito, porém.

O lançamento das bombas de gás, fato reconhecido pelo próprio Estado, também é justificável, diante do quadro delineado no feito. Aliás, da prova fotográfica exsurge que, no local, havia um aglomerado de pessoas e, como bem se sabe, embora crianças e mulheres estivessem ali, isso não significa que os policiais não estivessem em situação de risco. Até mesmo o Bope chegou a ser acionado (fl. 177), o que é forte indício de que se estava diante de um entrevero generalizado, que poderia ter evoluído para algo bem mais grave.

O distúrbio civil pode ser conceituado como “Manifestação de atos de violência dentro do país, resultantes de uma situação de inquietação ou tensão civil, prejudicial à manutenção da lei e da ordem. Poderá provir da ação de uma turba ou iniciar-se de um tumulto” (<http://www.senado.gov.br/sf/senado/spol/pdf/Monografia%20Carlos.Pdf>). Para controlá-lo, admite-se o emprego de meios mais agressivos.

Não se ignora que o estrito cumprimento do dever legal, tido como meio necessário à garantia da ordem pública e segurança da população, não pode justificar ameaça desmedida à integridade física e moral do cidadão.

No caso, contudo, ele foi exercido dentro do razoável, mormente porque os supostos ofendidos não são terceiros inocentes que se viram prejudicados por uma ação indesculpável dos policiais. Da prova documental, ainda que existam depoimentos em contrário, exsurge que foram extremamente agressivos, chegando a arremessar objetos contra os prepostos.

Fosse a situação tão singela como querem fazer crer, por certo, insista-se, não teria sido necessário acionar tantos efetivos e o Batalhão para Operações Especiais. Até um helicóptero chegou a ser chamado (fl. 139).

Pesa em desfavor dos requerentes, outrossim, a despeito da independência das esferas administrativa, criminal e civil, o arquivamento dos autos do inquérito militar instaurado para a averiguação da responsabilidade dos envolvidos, ao argumento de que teriam agido sob o pálio das excludentes de ilicitude, em legítima defesa e no estrito cumprimento do dever legal (fl. 311).

Cumprindo, ainda, menção, ao Termo Circunstanciado n. 155/2008, comunicante Jonathas Leie Monte Blanco, policial militar, o qual foi o primeiro a chegar ao local, sendo ali desacatado, o que o levou a requerer reforços. Não apenas uma, mas várias vezes, ao longo do histórico, há menção ao nome dos apelados, à sua conduta extremamente agressiva (fl. 440). Veja-se, também, que não foram só os requerentes que registraram Boletim de Ocorrência. Também os prepostos do Estado o fizeram (fl. 215).

Enfim, não há falar em um dano injusto a uma pessoa inocente.

De julgado oriundo do Tribunal de Minas Gerais, retira-se pertinente conclusão, *mutatis mutandis*:

O disparo efetuado pelo tenente da Polícia Militar visou garantir a integridade sua e de seus colegas de trabalho, uma vez que os militares estavam acuados pelo motim em curso, sendo a conduta indispensável para conter a rebelião instaurada na cadeia pública.

Ademais, o tiro de borracha foi realizado em virtude de um comportamento ilícito da vítima, visto que esta se deslocou em direção ao policial, juntamente com outros detentos, em uma clara tentativa de mobilizar os agentes estatais.

A conduta militar não demonstra qualquer ato ilícito apto a caracterizar a responsabilidade civil do Estado, uma vez que o tenente agiu no estrito cumprimento de um dever legal, diante de uma reação violenta e desmotivada desferida por um detento.

[...]

Em síntese, o dano ocasionado ao autor foi consequência única e exclusiva de seu comportamento ilícito, não podendo ser exigida do militar conduta diversa da realizada, sob pena de se colocar em risco a integridade física sua e de seus colegas de trabalho.

Assim, diante da ausência dos requisitos aptos a caracterizar a responsabilidade civil do Estado, imperioso o provimento do recurso (Apelação Cível n. 1.0569.06.006958-4, rel. Des. Edilson Fernandes, sem grifo no original).

Sobre o recolhimento dos autores à prisão na 8ª Delegacia de Polícia não pesa, por igual, nenhuma mácula. Eles próprios disseram que para lá se dirigiam logo após o ocorrido e ali acabaram por ser detidos por desacato e resistência (artigos 329 e 331 do Código Penal) (fl. 41), sendo logo a seguir encaminhados para posto de saúde.

É da jurisprudência:

AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REPARAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – AGRESSÃO POR POLICIAIS MILITARES – EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO – ABUSO NÃO DEMONSTRADO – MANIFESTA IMPROCEDÊNCIA – IMPROVIDO. Não merece reparos a decisão que, sob o fundamento de que inexistente (ou não comprovado) o abuso da atuação de policiais militares,

rejeita a pretensão à reparação civil pelo Estado, mormente diante de reação imotivada da vítima (desacato, resistência à prisão e luta corporal) à abordagem dos policiais, contanto trate-se de estrito cumprimento de dever legal (Agravo Regimental em Apelação Cível n. 2007.028962-1, rel. Des. Sideni Soncini Pimentel).

Por tudo o que ficou exposto, dá-se provimento ao recurso voluntário e ao reexame necessário para julgar improcedente a ação. Ficam invertidos os ônus da sucumbência, mantido, quanto aos honorários, o percentual de 10% sobre o valor da causa atualizado e ressalvado que, ao contrário do ente público, os autores respondem pelas custas.

DECISÃO

Ante o exposto, a Câmara decidiu, por votação unânime, dar provimento ao recurso do Estado de Santa Catarina.

O julgamento, realizado no dia 22 de fevereiro de 2011, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Newton Trisotto.

Florianópolis, 9 de março de 2011.

Vanderlei Romer
RELATOR

APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA

Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2010.071616-6, da Capital

Relator: Des. Vanderlei Romer

ADMINISTRATIVO. SERVIDORA PÚBLICA MUNICIPAL. PEDIDO DE APOSENTADORIA POR INVALIDEZ COM PROVENTOS INTEGRAIS. EXTINÇÃO DO FEITO, SEM ANÁLISE DO MÉRITO, EM FACE DA DECADÊNCIA. INCONFORMISMO DA IMPETRANTE.

DECADÊNCIA. INOCORRÊNCIA. NOMEAÇÃO DE CURADOR DA IMPETRANTE, CONSIDERADA ABSOLUTAMENTE INCAPAZ, EFETIVADA EM JUNHO DE 2008. IMPETRAÇÃO A TEMPO E MODO (15-9-2008).

AGRAVO RETIDO. AUSÊNCIA DE PEDIDO PARA CONHECIMENTO DO RECLAMO NAS RAZÕES RECURSAIS, CONFORME EXIGE O ARTIGO 523, §1º, DO CPC. NÃO CONHECIMENTO.

“PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DE APOSENTADORIA POR INVALIDEZ COM PROVENTOS PROPORCIONAIS. MOLÉSTIA GRAVE E INCURÁVEL. AUSÊNCIA DE PREVISÃO NO ROL LEGAL DE DOENÇAS GRAVES. IRRELEVÂNCIA. ENFERMIDADE QUE APRESENTA A MESMA GRAVIDADE DAS DOENÇAS PREVISTAS EM LEI. DIREITO À PERCEPÇÃO DO BENEFÍCIO NA FORMA INTEGRAL. CUSTAS JUDICIAIS. AUTARQUIA MUNICIPAL. ISENÇÃO.

“Diagnosticada doença classificada como grave e incurável, ainda que não prevista no rol que autoriza a aposentadoria por invalidez com proventos integrais, impõe-se o seu pagamento no valor total, e não proporcional, por ser uma patologia que leva ao mesmo resultado daquelas previstas no referido rol’ (TJSC,

RN n. 2008.026194-9)” (Apelação Cível n. 2009.031503-2, de Videira, rel. Des. Newton Janke, j. 8-2-2011).

RECURSO PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2010.071616-6, da comarca da Capital (Unidade da Fazenda Pública), em que é apelante Mary Ester de Souza e apelado o município de Florianópolis:

ACORDAM, em Primeira Câmara de Direito Público, por votação unânime, prover o recurso. Custas legais.

RELATÓRIO

Mary Ester de Souza, representada por seu genitor Warnel Cruz e Souza, impetrou mandado de segurança contra ato praticado pelo Secretário Municipal da Administração, a fim de que lhe seja concedida aposentadoria por invalidez com proventos integrais.

Afirmou que é portadora de doença grave, enquadrada como alienação mental, mas que a Municipalidade não observou tal situação à época da concessão da aposentadoria.

Ressaltou que foi considerada absolutamente incapaz após a realização de perícia judicial em processo de interdição em que restou nomeado como curador seu genitor.

Pugnou, então, pela outorga da segurança.

A autoridade coatora, apesar de intimada, não ofertou informações.

Após, a liminar foi negada, o que gerou a interposição de agravo retido por parte da impetrante.

Às fls. 56-58, o MM. Juiz de Direito julgou extinto o processo, sem análise do mérito, por força da decadência para impetração do mandado de segurança, uma vez que o ato aposentatório data do exercício de 2006 e a utilização da *actio* ocorreu somente em 2008.

Interposto recurso de apelação pela vencida, esta afirmou que a patologia que a acomete permite a concessão de aposentadoria por invalidez, com proventos integrais, conforme a legislação vigente. Disse que convive com rendimentos parcos e que desde o ano de 2006, por meio da ação judicial intentada à época, procura o direito à obtenção da aposentadoria integral.

Com contrarrazões, os autos ascenderam a esta instância.

Lavrou parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Francisco José Fabiano, o qual se manifestou pela extinção do processo sem análise do mérito, por força da decadência, ou, se assim não for o entendimento, pela concessão da ordem.

VOTO

No presente feito discute-se se a impetrante, servidora pública municipal, faz jus à concessão de aposentadoria por invalidez com proventos integrais, uma vez que, no entendimento daquela, é portadora de doença grave (alienação mental) que possibilita a outorga do benefício.

Pois bem, antes de examinar o mérito, impõe-se verificar a questão atinente ao reconhecimento do instituto da decadência pelo julgador *a quo*. Segundo argumentação do Magistrado, como o ato de outorga de aposentadoria, com proventos proporcionais, deu-se em 3-10-2006 (fl. 17), à evidência que a impetração do mandado de segurança somente no ano de 2008 extrapolou o prazo de 120 (cento e vinte) dias.

Data venia, tal orientação não pode prevalecer.

Observa-se que a impetrante, em 30 de novembro de 2006, ou seja, tão logo após o ato de aposentadoria, ingressou com mandado de segurança para obtenção de benefício idêntico ao do presente feito.

Ocorre que tal *mandamus* foi julgado extinto por ausência de provas, o que foi confirmado por este Tribunal de Justiça, e somente retornou para comarca no ano de 2008, tanto que foi arquivado em 27 de agosto de 2008.

Tal fato, por si só, demonstra que a impetrante não se quedou inerte, buscando o seu direito a tempo, mas que, à época, pela documentação insuficiente que dispunha, não pôde ter seu pedido analisado.

Afora essa circunstância, não se pode olvidar que, concomitantemente à tramitação do citado mandado de segurança, foi realizado processo de interdição da impetrante.

Neste último feito, após a apresentação de laudo pericial pelo expert nomeado pelo juízo *a quo*, obteve-se a conclusão de que a recorrente é absolutamente incapaz para os atos da vida civil, incapacidade esta decorrente de doença mental (fl. 23).

Isso importa dizer que somente após o processo de interdição, com a nomeação do curador, em 24 de junho de 2008, é que a recorrente restou plenamente representada (fl. 9), o que possibilitou a impetração da presente *actio* dentro do prazo decadencial de 120 (cento e vinte) dias, em 17 de setembro de 2008.

Logo, afasta-se a aplicação do instituto da decadência e passa-se à análise do exame do *meritum causae*.

Nesse ponto, percebe-se que a recorrente interpôs agravo retido contra a decisão que negou a medida liminar.

Todavia, não solicitou o seu conhecimento neste grau recursal, conforme exige o artigo 523, §1º, do CPC, motivo pelo qual tal reclamo não pode ser conhecido.

Quanto à matéria em si, denota-se que a apelante pretende, como já se disse, a concessão de aposentadoria com proventos integrais por ser portadora de moléstia grave (alienação mental).

E, agora, de posse da documentação trazida neste feito, assiste-lhe razão.

A Constituição Federal assegura, em seu artigo 40, §1º, I, aposentadoria aos servidores públicos “[...] por invalidez permanente, sendo os proventos proporcionais ao tempo de contribuição, exceto se decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, na forma da lei”.

Por sua vez, a legislação municipal, a qual rege a apelante por ser servidora pública do município de Florianópolis, estabelece por meio da Lei Complementar CMF n. 63/2003 (Estatuto dos Servidores Públicos do município de Florianópolis), a conceituação das doenças graves, contagiosas ou incuráveis, a saber:

Art. 142. O servidor ocupante de cargo de provimento efetivo será aposentado na forma e nas condições nas Constituições Federal e Estadual e na Lei Orgânica do Município.

Parágrafo único. São consideradas doenças graves, contagiosas ou incuráveis para os efeitos do inciso I, do § 1º, do art. 40 da Constituição Federal e o inciso I do art. 31 da Lei Orgânica do Município: tuberculose ativa, alienação mental, neoplasia maligna, tuberculose em período de consolidação, lepra cegueira, paralisia, perda da visão, impotência funcional, por afecção reumática incompatível com qualquer função pública, cardiopatia grave, doença de Parkinson, espondilartrose anquilosante, nefrolgia grave, epilepsia e outras moléstias que a lei indicar, ou completar 70 (setenta) anos da idade.

Nos autos, então, consta a informação de que o perito judicial, nomeado no processo de interdição, concluiu que a apelante é portadora de psicose orgânica pós-parto (fl. 23).

Ora, em que pese a legislação municipal não prever expressamente a doença psicose orgânica, a legislação e a doutrina vigentes acerca da matéria, são categóricas em afirmar que tal moléstia encontra-se inserida no tópico alienação mental, este sim previsto de forma genérica pela norma legal.

Nesse sentido é o escólio do doutrinador Paulo de Matos Ferreira Diniz, em comentários à Lei n. 8.112/1990, aplicável aos servidores públicos federais, *in verbis*:

Nestas condições, a seguir serão apresentadas as caracterizações das doenças graves, contagiosas ou incuráveis, com as devidas adaptações para aplicação aos servidores públicos civis da União, na forma definida no § 1º do artigo 186, da Lei 8.112/90: sua conceituação, descrição e estágios e sugestões de procedimentos para as juntas médicas oficiais

Art. 186 - O servidor será aposentado:

I - por invalidez permanente, sendo os proventos integrais quando decorrentes de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, especificada em lei, e proporcionais nos demais casos;

§ 1º Consideram-se doenças graves, contagiosas ou incuráveis, a que se refere o inciso I deste artigo:

DOENÇAS GRAVES

Alienação Mental

Cardiopatia Grave

Cegueira Posterior Ao Ingresso no Serviço Público

Esclerose Múltipla

Espondiloartrose Anquilosante

Estados Avançados do Mal de Paget (Osteíte Deformante)

Hanseníase

Mal (Doença) de Parkinson

Nefropatia Grave

Neoplasia Maligna

Paralisia Irreversível e Incapacitante

Síndrome de Imunodeficiência Adquirida - Aids

Tuberculose Ativa e outras que a lei indicar, com base na medicina especializada

APOSENTADORIA POR INVALIDEZ SERÁ PRECEDIDA DE LICENÇA PARA TRATAMENTO DE SAÚDE

§ 3º do art. 186- Na hipótese do inciso I o servidor será submetido à uma junta médica oficial, que atestará a invalidez quando caracterizada a incapacidade para o desempenho das atribuições do cargo ou a impossibilidade de se aplicar o disposto no art. 24. (Lei nº 9.527/97).

31 - ALIENAÇÃO MENTAL

31.1-CONCEITUAÇÃO

Considera-se Alienação Mental todo caso de distúrbio mental ou neuromental grave e persistente no qual, esgotados os meios habituais de tratamento, haja alteração completa ou considerável da personalidade, comprometendo gravemente os juízos de valor e realidade, destruindo a autodeterminação do pragmatismo e tornando o paciente total e permanentemente impossibilitado para qualquer trabalho.

31.2 As Juntas Médicas deverão “preservar-se contra uma exagerada admissão de irresponsabilidade” (N. Hungria) e identificar nos quadros clínicos de Alienação Mental os seguintes elementos:

- a) transtorno intelectual - atinge as funções mentais em conjunto e não apenas algumas delas;
- b) falta de autoconsciência - o paciente ignora o caráter patológico de seu transtorno ou tem dele uma noção parcial ou descontínua;

c) inadaptabilidade - o transtorno mental é evidenciado pela desarmonia de conduta do paciente em relação às regras relativas que dirigem a vida normal em sociedade;

d) ausência de utilidade - a perda da adaptabilidade redundando em prejuízo para o paciente e para a sociedade (Beca Soto).

31.3. A Alienação Mental poderá ser identificada no curso de qualquer enfermidade psiquiátrica desde que, em seu estágio evolutivo, estejam atendidas todas as condições abaixo discriminadas:

a) seja enfermidade mental ou neuromental;

b) seja grave e persistente;

c) seja refratária aos meios habituais de tratamento;

d) provoque alteração completa ou considerável da personalidade;

e) comprometa gravemente os juízos de valor e realidade, com destruição da autodeterminação e do pragmatismo;

f) torne o paciente total e permanentemente inválido para qualquer trabalho;

g) haja um nexo sintomático entre o quadro psíquico e a personalidade do paciente.

31.3.1. São considerados meios habituais de tratamento:

a) psicoterapia;

b) psicofarmacoterapia;

c) terapêutica biológica (eletroconvulsoterapia, insulino-terapia, etc).

31.3.1.1. Não é considerado meio de tratamento a utilização de psicofármacos em fase de experimentação laboratorial.

31.4 QUADROS CLÍNICOS QUE CURSAM COM ALIENAÇÃO MENTAL

São necessariamente casos de Alienação Mental:

a) estados de demência (senil, pré-senil, arterioesclerótica, luética, coréica, doença de Alzheimer e outras formas bem definidas);

b) psicoses esquizofrênicas nos estados crônicos;

- c) paranóia e a parafrenia nos estados crônicos;
- d) oligofrenias graves.

31.4.2. São excepcionalmente considerados casos de Alienação Mental:

- a) psicoses afetivas, mono ou bipolar, quando comprovadamente cronicadas e refratárias ao tratamento, ou quando exibirem elevada freqüência de repetição fásica, ou ainda, quando configurarem comprometimento grave e irreversível de personalidade;
- b) psicoses epilépticas, quando caracterizadamente cronicadas e resistentes à terapêutica, ou quando apresentarem elevada freqüência de surtos psicóticos;
- c) psicoses pós-traumáticas e outras psicoses orgânicas, quando caracterizadamente cronicadas e refratárias ao tratamento, ou quando configurarem um quadro irreversível de demência.**

31.4.3. Não são casos de Alienação Mental:

- a) transtorno neuróticos, da personalidade e outros transtornos mentais não psicóticos;
- b) desvios de transtornos sexuais;
- c) alcoolismo, dependência de drogas e outros tipos de dependência orgânica;
- d) oligofrenias leves e moderadas;
- e) psicoses do tipo reativo (reação de ajustamento, reação ao “stress”);
- f) psicoses orgânicas transitórias (estados confusionais reversíveis).

31.4.4. Os casos excepcionalmente graves e persistentes de estados psicopatológicos citados nas letras a) e b) do item anterior podem, entretanto, causar invalidez [sem grifo no original] (*Manual sobre a Saúde Física e Mental do Servidor Público civil da União*).

Não obstante, o nobre Promotor de Justiça, Dr. Carlos Eduardo Abreu Sá Fortes, ressaltou que a Portaria Normativa n. 1174/MD do Manual do Ministério da Defesa, bem como o Ato n. 59/2009, expedido

pelo Tribunal Regional do Trabalho da Primeira Região, também elencam a psicose orgânica como alienação mental.

Dessa forma, mostra-se evidente que a doença que acomete a apelante autoriza a concessão de aposentadoria integral em face da moléstia ser considerada como alienação mental.

Finalmente, ainda que assim não fosse, o insigne Promotor de Justiça bem explanou que o rol de doenças previsto nas legislações vigentes não pode ser considerado exaustivo, mas, sim, exemplificativo, já que o legislador não consegue acompanhar a evolução dos conhecimentos médicos e das inúmeras moléstias que acometem o ser humano. Vale transcrever parte da manifestação ministerial:

Ademais, cumpre anotar que, ao tempo em ocorreu a aposentação da Impetrante, não havia lei municipal com o rol de doenças consideradas graves para fins de ensejar a concessão da aposentadoria por invalidez com integralidade de proventos, vez que a lei complementar municipal que trata desse assunto data de 2009.

Com efeito, o constituinte, no artigo 40, I, da Constituição Federal, referiu-se à lei (“na forma da lei”), remetendo à lei ordinária de cada ente estatal (federal, estadual ou municipal).

Assim, cada ente estatal tem o seu próprio regime de previdência, cabendo a cada um a regulamentação, com a aplicação analógica de listagem existente no âmbito de um dado ente a outro ente.

Dessa maneira, na ausência de lei restritiva prevendo as doenças graves que ensejam a integralidade dos proventos, tal norma deve ser interpretada como de eficácia contida, e não limitada, impondo-se sua aplicação imediata e plena, até porque doenças graves, contagiosas ou incuráveis são aquelas assim atestadas pelos profissionais da Medicina, não competindo ao legislador, leigo em matéria tão técnica, dizer quais são as doenças que têm tal qualificação.

O simples fato de o legislador ter privilegiado dadas doenças em detrimento de outras para constar em um rol legal não é fator que justifique o tratamento diferenciado entre servidores acometidos

por doenças igualmente atestadas por profissionais da Medicina como sendo graves, contagiosas ou incuráveis.

Tanto é assim que as próprias listas de doenças já existentes na legislação brasileira não coincidem, havendo doenças que estão previstas em uma lista, mas não em outras.

De outra monta, é notório que a legislação não acompanha a célere evolução daqueles conhecimentos, e é por isso que, mesmo nas hipóteses de existência de lista específica de doenças graves, contagiosas ou incuráveis, a tendência jurisprudencial atual e a de se considerar que o direito à integralidade dos proventos decorre não da listagem infraconstitucional da doença, mas sim da classificação da doença, isto é, se grave, contagiosa ou incurável, atestada por profissional da Medicina (fls. 49-50).

Para fulminar, não discrepa dessa orientação a jurisprudência recente deste Tribunal de Justiça:

PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DE APOSENTADORIA POR INVALIDEZ COM PROVENTOS PROPORCIONAIS. MOLÉSTIA GRAVE E INCURÁVEL. AUSÊNCIA DE PREVISÃO NO ROL LEGAL DE DOENÇAS GRAVES. IRRELEVÂNCIA. ENFERMIDADE QUE APRESENTA A MESMA GRAVIDADE DAS DOENÇAS PREVISTAS EM LEI. DIREITO À PERCEPÇÃO DO BENEFÍCIO NA FORMA INTEGRAL. CUSTAS JUDICIAIS. AUTARQUIA MUNICIPAL. ISENÇÃO.

1 “Diagnosticada doença classificada como grave e incurável, ainda que não prevista no rol que autoriza a aposentadoria por invalidez com proventos integrais, impõe-se o seu pagamento no valor total, e não proporcional, por ser uma patologia que leva ao mesmo resultado daquelas previstas no referido rol” (TJSC, RN n. 2008.026194-9) (Apelação Cível n. 2009.031503-2, de Videira, rel. Des. Newton Janke, j. 8-2-2011).

E do corpo do aresto:

Busca a autora a revisão do benefício de aposentadoria por invalidez que lhe foi concedida em 29.05.2005, com proventos proporcionais, pelo Município de Videira.

Para tanto, alega sofrer de doença pulmonar grave que, embora não presente no rol de moléstias graves enumeradas na Lei Complementar Municipal n. 023/2002, impossibilita-lhe de exercer qualquer tipo de atividade, motivo pelo qual julga ter direito aos proventos integrais.

Dispõe a Lei Complementar Municipal n. 023/2002:

“Art. 27. A incapacidade que ensejará a aposentadoria por invalidez poderá ser decorrente de:

I - acometimento das seguintes doenças ou afecções, especificadas pelos Ministérios da Saúde e da Previdência e Assistência Social, de acordo com os critérios de estigma, deformação, mutilação, deficiência ou outro fator que confira especificidade e gravidade que mereçam tratamento particularizado: tuberculose ativa, hanseníase, alienação mental, neoplasia maligna, cegueira, paralisia irreversível e incapacitante, cardiopatia grave, doença de Parkinson, espondilartrose anquilosante, nefropatia grave, estado avançado de doença de Paget (osteíte deformante), síndrome da deficiência imunológica adquirida - AIDS, ou contaminação por radiação, com base em conclusão da medicina especializada, entre outras doenças graves, contagiosas ou incuráveis, especificadas em lei federal;

II - acidente em serviço ou moléstia profissional;

III - acidente de qualquer natureza ou causa” (grifei).

O ponto central da controvérsia, como antes dito, reside na possibilidade da autora ter ou não sua aposentadoria concedida na modalidade integral, uma vez que a moléstia que a acomete não está disposta no rol do inciso I do dispositivo supracitado.

É incontroverso que a autora não tem condições de exercer suas atividades laborais. A própria perícia médica realizada em 01.04.2005 pelo Município apontou a incapacidade, recomendando a aposentadoria por invalidez proporcional (fl. 153).

A perícia realizada pelo juízo (fl. 205), por sua vez, concluiu no mesmo sentido, informando que a autora possui “hipoplasia pulmonar à esquerda, de natureza grave e incapacitante”.

Questionado acerca da gravidade da doença que acomete a autora, esclareceu o experto do Juízo:

“D1) As moléstias que atingem a autora se enquadram em alguma das situações abaixo?

‘... tuberculose ativa, hanseníase, alienação mental, neoplasia maligna, cegueira, paralisia irreversível e incapacitante cardiopatia grave, Doença de Parkinson, Espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave, estado avançado de doença de Paget (osteíte deformante), síndrome da deficiência imunológica adquirida — AIDS, ou contaminação por radiação ...’

Resposta: Não, pois trata-se de doença pulmonar não especificada acima.

D2) Em caso de resposta negativa, a doença que acomete a autora tem nível de gravidade similar ou, até mesmo, igual às acima elencadas?

Resposta: Sim, pois tem caráter evolutivo, com piora do estado clínico gradual, podendo levar à hipertensão pulmonar grave, com consequente incapacitação até para tarefas básicas (por exemplo: tomar banho)” (grifei).

Bem se vê, portanto, que a autora é portadora de enfermidade grave e incurável, de agravamento progressivo, o que a inabilita totalmente para qualquer trabalho.

Em tal cenário, embora a patologia não esteja prevista no rol de doenças graves dispostas no inciso I do art. 27 da LC n. 23/2002, é perfeitamente cabível aposentadoria com proventos integrais, uma vez que se trata de enfermidade que leva ao mesmo resultado ou produz as mesmas consequências daquelas previstas no referido rol.

Neste sentido, orienta a jurisprudência desta Corte, apoiada por categorizados pronunciamentos do Superior Tribunal de Justiça:

“PREVIDENCIÁRIO ; APOSENTADORIA POR INVALIDEZ ; PROVENTOS PROPORCIONAIS ; PATOLOGIA GRAVE E INCURÁVEL ; CONVERSÃO PARA PROVENTOS INTEGRAIS

Diagnosticada doença classificada como grave e incurável, ainda que não prevista no rol que autoriza a aposentadoria por invalidez com proventos integrais, impõe-se o seu pagamento no valor total, e não proporcional, por ser uma patologia que leva ao mesmo resultado

daquelas previstas no referido rol” (TJSC, Reexame Necessário n. 2008.026194-9, Rel. Des. Luiz César Medeiros, j. em 02.07.2008).

“APELAÇÃO CÍVEL. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. PROVENTOS PROPORCIONAIS. AUTOR PORTADOR DE EPILEPSIA G 40.3, NA FORMA SEVERA. ENFERMIDADE GRAVE E INCURÁVEL. IMPOSSIBILIDADE DE REABILITAÇÃO E RETORNO ÀS ATIVIDADES LABORAIS. AUSÊNCIA DE PREVISÃO EM LEI FEDERAL E MUNICIPAL ACERCA DA CONCESSÃO DE APOSENTADORIA INTEGRAL EM RELAÇÃO A ESTA DOENÇA. IRRELEVÂNCIA. PATOLOGIA QUE APRESENTA O MESMO GRAU DE GRAVIDADE DAS DOENÇAS DISPOSTAS EM LEI. PERCEPÇÃO DO BENEFÍCIO NA FORMA INTEGRAL QUE SE IMPÕE. CORREÇÃO MONETÁRIA. INPC. JUROS MORATÓRIOS. DEMANDA AJUIZADA EM MOMENTO POSTERIOR A MP 2.180-35/01. INCIDÊNCIA NO PATAMAR DE 6% AO ANO, CONTADOS DA CITAÇÃO DO RÉU. CUSTAS PROCESSUAIS. ISENÇÃO. EXEGESE DO ART. 33, “i”, DA LC 156/97, COM ALTERAÇÕES DADAS PELA LC 161/97. REMESSA NECESSÁRIA PARCIALMENTE PROVIDA.

Em que pese não esteja a epilepsia no rol de doenças especificadas em lei que conferem ao portador aposentadoria integral, há que ser reconhecido o direito ao autor, tendo em vista que a enfermidade que o acomete tem tamanha gravidade quanto as que se referem na norma” (TJSC, Reexame Necessário n. 2007.064458-0, Rel. Des. Subst. Ricardo Roesler, j. em 28.07.2009).

“DIREITO ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO CIVIL. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. DOENÇA INCURÁVEL. ART. 186 DA LEI N. 8.112/1990. ROL EXEMPLIFICATIVO. PROVENTOS INTEGRAIS. POSSIBILIDADE. 1. Não há como considerar taxativo o rol descrito no art. 186, I, § 1º, da Lei n. 8.112/90, haja vista a impossibilidade de a norma alcançar todas as doenças consideradas pela medicina como graves, contagiosas e incuráveis, sob pena de negar o conteúdo valorativo da norma inserta no inciso I do art. 40 da Constituição Federal. 2. Excluir a possibilidade de extensão do benefício com proventos integrais a servidor que sofre de um mal de idêntica gravidade àqueles mencionados no 186, I, § 1º, da Lei n. 8.112/90, e tam-

bém insuscetível de cura, mas não contemplado pelo dispositivo de regência, implica em tratamento ofensivo aos princípios insculpidos na Carta Constitucional, dentre os quais está o da isonomia. 3. À ciência médica, e somente a ela, incumbe qualificar determinado mal como incurável, contagioso ou grave, não à jurídica. Ao julgador caberá solucionar a causa atento aos fins a que se dirige a norma aplicável e amparado por prova técnica, diante de cada caso concreto. 4. A melhor exegese da norma em debate, do ponto de vista da interpretação sistemática, é a que extrai a intenção do legislador em amparar de forma mais efetiva o servidor que é aposentado em virtude de grave enfermidade, garantindo-lhe o direito à vida, à saúde e à dignidade humana” (STJ, Resp. n. 942.530, Rel. Min. Jorge Mussi, j. em 02.03.2010) (grifei).

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO - RECURSO ESPECIAL - SERVIDOR PÚBLICO CIVIL - APOSENTADORIA PROPORCIONAL - REVERSÃO PARA INTEGRAL - DOENÇA GRAVE E INCURÁVEL - ART. 186 DA LEI 8.112/90 - ROL EXEMPLIFICATIVO - PROVENTOS INTEGRAIS - POSSIBILIDADE. 1. Não há como considerar taxativo o rol descrito no art. 186, I, § 1º, da Lei n. 8.112/90, haja vista a impossibilidade de a norma alcançar todas as doenças consideradas pela medicina como graves, contagiosas e incuráveis, sob pena de negar o conteúdo valorativo da norma inserta no inciso I do art. 40 da Constituição Federal. (Precedente: Resp 942.530/RS, julgado em 02/03/2010, DJe 29/03/2010)” (STJ, Resp. n. 1.199.475, Rel. Min. Eliana Calmon, j. em 17.08.2010). .

Não se ignora, aqui, que haja posicionamento diametralmente contrário, no sentido de que “a conversão para aposentadoria integral só será possível se a doença, embora grave, incapacitante e incurável, estiver prevista em lei” (STJ, Edcl no AgRg no Ag. n. 875.329, Rel. Min. Celso Limongi [Desembargador Convocado do TJSP]).

Contudo, com a devida venia, convencido estou de não ser esta a melhor solução para a controvérsia.

Com efeito, buscou a lei enumerar alguns casos de doenças enquadradas como graves. Entretanto, este rol não pode ser taxativo diante da impossibilidade do legislador poder identificar todas as doenças consideradas pela Medicina como graves, contagiosas e incuráveis.

Logo, tem a autora o direito à aposentadoria com proventos integrais, conforme corretamente assentou o juízo monocrático.

Isso posto, dá-se provimento ao recurso, a fim de conceder a segurança para que seja anulado o ato de aposentadoria por invalidez proporcional e outorgado à recorrente o benefício da aposentadoria por invalidez com proventos integrais, cujos efeitos devem contar a partir da data da impetração, facultado o pagamento do período pretérito por meio da ação adequada.

DECISÃO

Ante o exposto, a Primeira Câmara de Direito Público decidiu, por votação unânime, prover o recurso.

O julgamento, realizado no dia 22 de fevereiro de 2011, foi presidido pelo Exmo. Sr. Desembargador Sérgio Roberto Baasch Luz, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Desembargador Newton Trisotto.

Florianópolis, 14 de março de 2011.

Vanderlei Romer
RELATOR

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

APELAÇÕES CÍVEIS

Apelação Cível n. 2005.040681-2, da Capital

Relator: Desembargador Substituto Ricardo Roesler

DIREITO FINANCEIRO. REPASSE DE ICMS AOS MUNICÍPIOS (ART. 158, IV, DA CR). INSTITUIÇÃO, NO ESTADO DE SANTA CATARINA, DE PROGRAMAS DE FOMENTO À ECONOMIA LOCAL (PRODEC), IMPLICANDO, POR CONSEQUÊNCIA, NA REDUÇÃO DO REPASSE DO PRODUTO DA ARRECADAÇÃO. RECURSO QUE, TENDO SIDO INICIALMENTE JULGADO IMPROCEDENTE NESTE TRIBUNAL, FOI PROVIDO PELO STF, ASSEGURANDO O DIREITO DE COMPLEMENTAÇÃO DOS REPASSES. DEVOLUÇÃO DOS AUTOS PARA SOLUÇÃO DE QUESTÕES PERIFÉRICAS.

PRESCRIÇÃO. INCIDÊNCIA DO DECRETO N. 20.910/32. PRESCRIÇÃO DE EVENTUAL COMPLEMENTAÇÃO DEVIDA CINCO ANOS ANTES DA PROPOSITURA DA AÇÃO. CORREÇÃO MONETÁRIA. INCIDÊNCIA DO INPC. JUROS MORATÓRIOS INCIDENTES NOS TERMOS DA LC N. 63/90. JUROS COMPENSATÓRIOS. IMPERTINÊNCIA. HONORÁRIOS. ADEQUAÇÃO. RECURSO PROVIDO EM PARTE.

Definido pela Suprema Corte, inclusive nestes autos (AI 646.253/SC, Rel. Min. Joaquim Barbosa) que, nos termos do art. 158, IV, da CR, é devido aos municípios o repasse incondicional de 25% do produto da arrecadação do ICMS, é devida a correção

monetária sobre a diferença eventualmente retida, sem incidência, porém, de juros compensatórios.

O complemento das parcelas deve respeitar a prescrição quinquenal, nos termos do Decreto n. 20.910/32.

Considerando o vulto da demanda, é legítimo o ajustamento da honorária.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2005.040681-2, da comarca da Capital (Unidade da Fazenda Pública), em que é apelante Município de Lindóia do Sul, e apelado Estado de Santa Catarina:

ACORDAM, em Segunda Câmara de Direito Público, por votação unânime, dar parcial provimento ao recurso. Custas legais.

1. RELATÓRIO

O Município de Lindóia do Sul propôs ação declaratória em face do Estado de Santa Catarina, postulando o repasse de parcela do produto da arrecadação do ICMS. Afirmam ser ilegal a implantação do sistema de fomento à economia idealizado por meio do Programa de Desenvolvimento da Empresa Catarinense – Prodec, que, a partir de 1996, limitou o repasse da parcela do ICMS devido pelo Estado aos Municípios. Aduziu que o programa em questão destina parte do ICMS ao fomento da economia local, a partir da concessão de incentivos fiscais – em alguns casos equivalentes a 75% do tributo em tese gerado – cuja carência para amortização, em determinados casos, pode alcançar o período de 60 meses.

Sustenta que, de acordo com o art. 158, IV, da CR, 25% do produto da arrecadação do ICMS é destinado aos municípios. No entanto, a implementação do programa de fomento tem redundado, na prática, à mitigação

do repasse para o equivalente a 6,25% do produto arrecadatório. Destacou, no mais, que o percentual fixado na Constituição, destinada aos Municípios, não compõe parcela apropriável pelo Estado, pois tem destinatário certo.

Postula, nesse contexto, a declaração de ilegalidade da inserção do percentual destinado aos municípios nos financiamentos concedidos pelo Prodec a partir de 01 de agosto de 1996, e que seja reconhecido o direito ao repasse das diferenças havidas desde então (desde a vigência do Decreto n.º 1.142/96), devidamente corrigidos pela Selic, com incidência, ainda, de juros compensatórios.

Em resposta o Estado contestou, afirmando inicialmente sua competência para conferir benefícios fiscais. No mérito, aduziu não haver nada a ser repassado, pois a disciplina constitucional assegura apenas o repasse do que efetivamente arrecadado (assim entende a referência constitucional a “produto da arrecadação”). Nesse passo, não há postergação no repasse, no que diz respeito aos incentivos, porque tais não compõem o montante da arrecadação tributária. Requereu ao fim a improcedência do pedido.

Houve impugnação (fls. 97-10).

O Ministério Público opinou pelo provimento dos pedidos (fls. 101-105).

Julgou-se improcedentes os pedidos (fls. 106-111).

O Município recorreu, revisitando as teses iniciais e reclamando, na hipótese de procedência de seu apelo, a revisão da honorária (fls. 115-146).

Houve contrarrazões (fls. 150-160).

Nesta instância, o Ministério Público aduziu não haver interesse por si tutelável no feito (fls. 165-166). Lavrou parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Francisco José Fabiano.

Julgado o apelo, manteve-se a sentença em seus termos.

Sobreveio recurso extraordinário (fls. 182-217), e contrarrazões (fls. 219-229).

Inicialmente negou-se seguimento ao Extraordinário (fls. 237-238); manejado todavia agravo de instrumento, dele se conheceu, e proveu-se o apelo em decisão monocrática (fls. 241-242). Os autos retornaram para complementação do julgamento, nos termos da decisão do Ministro Relator (prescrição e correção monetária).

Vieram-me conclusos.

2. VOTO

Trato de recurso interposto pelo Município de Lindóia do Sul, contra sentença que lhe negou o direito de percepção integral do repasse assegurado pelo art. 158, IV, da CR. Na espécie, discutia-se o direito dos municípios ao efetivo repasse dos 25% do imposto sobre circulação de mercadorias, mitigado em face da instituição, pelo Estado de Santa Catarina, de programas de incentivo fiscal a empresas catarinenses, o que comprometia parte da arrecadação – emprestava-se parte dessa receita, com prazo de até cinco anos para devolução – e com isso diminuía-se o repasse às comunas (em lugar de o Estado repassar 25% do equivalente ao tributo apurado, o percentual incidiria apenas sobre o montante existente com o abatimento do que destinado ao incentivo – implicando, na prática, ao repasse de apenas 6,25% do total, segundo o Município recorrente).

O Estado procurava justificar o repasse com o argumento de que apenas a receita tributária – o tributo efetivamente ingressado nos cofres públicos – compunha o montante partilhável, de sorte que só a partir do decotamento do incentivo é que se cogitaria da incidência do percentual fixado na Constituição.

Na prática, porém, o procedimento atentava contra a regra constitucional regente, pois o percentual em questão não poderia compor a receita

dos Estados, porque destinado especificamente aos Municípios (significa dizer que compunha, a grosso modo, a receita municipal).

Assim talvez se cogitasse por conta dos desdobramentos no âmbito tributário a partir do advento da Constituição de 1988, quando reduziu-se sensivelmente a autonomia dos Estados e, por via reflexa, repartiu-se a receita tributária. Desde então os Estados, talvez porque ainda pouco confortáveis com a aridez do novo cenário, procuram em determinados casos – sobretudo no que diz respeito ao ICMS – alimentar a nostálgica condição de senhores suseranos da receita tributária (talvez mesmo como forma de manifestar a insatisfação com a falta de mecanismos diretos de compensação dessas perdas).

Nada obstante, e posto que se tivesse dado por improcedente o recurso interposto pelo Município, os autos chegaram ao STF, à custa de agravo de instrumento, em que o então Min. Relator, Joaquim Barbosa, deu provimento em decisão monocrática, reconhecendo a impropriedade da dinâmica adotada pelo Estado para divisar a receita (**AI 646.253/SC** – fls. 241-242). Fê-lo com supedâneo no **RE 572.762/SC** – recurso este em que se reconheceu repercussão geral – cujos termos são os seguintes:

“CONSTITUCIONAL. ICMS. REPARTIÇÃO DE RENDAS TRIBUTÁRIAS. PRODEC. PROGRAMA DE INCENTIVO FISCAL DE SANTA CATARINA. RETENÇÃO, PELO ESTADO, DE PARTE DA PARCELA PERTENCENTE AOS MUNICÍPIOS. INCONSTITUCIONALIDADE. RE DESPROVIDO.

I - A parcela do imposto estadual sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, a que se refere o art. 158, IV, da Carta Magna pertence de pleno direito aos Municípios.

II - O repasse da quota constitucionalmente devida aos Municípios não pode sujeitar-se à condição prevista em programa de benefício fiscal de âmbito estadual.

III - Limitação que configura indevida interferência do Estado no sistema constitucional de repartição de receitas tributárias.

IV - Recurso extraordinário desprovido” (RE 572.762/SC. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Decisão de 18.06.08).

Contudo, a propósito do que mencionado na decisão monocrática apontada, remanesceram a este Tribunal a apreciação de questões outras, a serem solvidas, resumidas, enfim, à prescrição e à correção do valor devido pelo Estado (além dos reflexos sucumbenciais).

Cuido em primeiro plano da prescrição. A propósito, observo que, apesar de se cuidar de repasse de parcela de tributo, a demanda não tem, por isso, feição tributária; atine, quando muito, ao direito financeiro, de sorte não se regular a prescrição pelas normas tributárias. Assim sendo, a prescrição haverá de se regular pelo Decreto n.º 20.910/32, que ordinariamente rege a prescrição das dívidas fazendárias (por todos, STJ, REsp 1.107.970/PE, Rel. Min. Denise Arruda).

Nesse passo, observo que se postula a recomposição dos repasses de ICMS desde agosto de 1996 (quando do advento do Decreto n.º 1.142/96). A ação, no entanto, data de maio de 2004 (fl. 02). Logo, não obstante a reconhecida ilegalidade no repasse do ICMS, o direito de postular a complementação, no que pertine às parcelas devidas antes do ingresso da ação, deve limitar-se aos cinco anos que a antecedem (maio de 1999).

No que respeita à correção, e nada obstante o que já sinalizado na decisão do Extraordinário, a jurisprudência há muito assegura a recomposição monetária em face da mora fazendária. Por razão cuja evidência assim demonstra por si, o mesmo tratamento dado ao contribuinte quando postula a repetição de indébito deve ser considerado aos demais casos de mora do Estado. Conforme assentou o então Min. Cordeiro Guerra, em precedente recorrentemente invocado pelo STF quando se cuida da correção de parcela do ICMS não repassado a tempo e modo pelo Estado os Municípios (RTJ 90/731), *“se ao particular se assegura a correção monetária na repetição do indébito fiscal, o mesmo princípio deve ser aplicado quando o*

Estado retém o que lhe não pertence, mas ao município, sob pena de ensejar-se enriquecimento ilícito por parte do Estado, o que é vedado pelo direito (ERE 77.698 - RTJ 75/810), f. 115” (STF, RE 91.185/SP. Segunda Turma. Decisão de 15.06.79).

De resto, observo que não há particular disciplina à incidência da correção, contexto em que, em princípio, haveria de aplicar-se a Selic – índice próprio desde 1996, conforme apontado pela Corte Superior (por todos, REsp 968.949/SP, Rel. Min. Campbell Marques). Sucede, porém, que o indexador reúne, a um só tempo, juros e correção monetária; e, a cuidar do crédito de parcelas da arrecadação, há específica regência na Lei Complementar n.º 63/90. Assim, em lugar de aplicar a Selic como fator de correção, tenho por bem aplicar o índice ordinário (INPC), a partir de cada vencimento.

A propósito dos moratórios, a incidência respeita o disposto no art. 10 da LC n.º 63/90:

“Art. 10. A falta de entrega, total ou parcial, aos Municípios, dos recursos que lhes pertencem na forma e nos prazos previstos nesta Lei Complementar, sujeita o Estado faltoso à intervenção, nos termos do disposto na alínea b do inciso V do art. 34 da Constituição Federal.

Parágrafo único. Independentemente da aplicação do disposto no caput deste artigo, o pagamento dos recursos pertencentes aos Municípios, fora dos prazos estabelecidos nesta Lei Complementar, ficará sujeito à atualização monetária de seu valor e a juros de mora de 1% (um por cento) por mês ou fração de atraso”.

No mais, observo que não são devidos os juros compensatórios. Sem olvidar a particular destinação da receita subtraída ao repasse – implementação de programas de incentivo fiscal – penso que seja hipótese de conferir-se o mesmo trato dispensado à repetição e à compensação de indébito tributário, campo em que reiteradamente se nega a incidência dos compensatórios (por todos, STJ, AgRg no REsp 709.241/PE, Rel. Min. Denise Arruda).

No que pertine à sucumbência, houve pedido pontual no recurso para, em caso de provimento, fosse majorada a honorária. O pedido vem animado pelo contorno dado na sentença (quando então fixou-se R\$ 2.000,00). Aqui se pede a majoração ao equivalente a 10% sobre a condenação.

Penso que, não obstante a verba deva ser majorada, não é caso de adotar-se pedido. Há, evidentemente, que se observar a disciplina do art. 20, § 4.º, do CPC. E, ademais, não se tem qualquer referencial de valores aqui, senão o valor da causa (que é orçada em R\$ 50.000,00). Em dado contexto, a fixação de qualquer percentual é de algum modo embalada pela aletoriedade, e pode por isso atentar contra a disciplina do art. 20. No contexto, creio mais prudente fixar a honorária em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais). Custas pelo Estado, com as ressalvas legais.

3. DECISÃO

Ante o exposto, a Câmara decidiu, por votação unânime, dar parcial provimento ao recurso.

O julgamento, realizado no dia 29 de março de 2011, foi presidido pelo Exmo. Sr. Desembargador Newton Janke, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Desembargador Cid Goulart.

Lavrou parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Francisco José Fabiano.

Florianópolis, 29 de março de 2011.

Ricardo Roesler
RELATOR

Apelação Cível n. 2010.006109-2, de São Miguel do Oeste

Relator: Desembargador Substituto Ricardo Roesler

APELAÇÃO CÍVEL. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. BOMBEIRO MILITAR. TATUAGEM DISCRETA. EXCLUSÃO DA CANDIDATA. IMPOSSIBILIDADE. MEDIDA QUE AFRONTA OS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. ENTENDIMENTO, ADEMAIS, DO STF NO SENTIDO DE PERMITIR O ACESSO DE TODOS AOS CARGOS PÚBLICOS.

DANOS MORAIS E MATERIAIS DECORRENTES DA EXCLUSÃO. INOCORRÊNCIA.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. FIXAÇÃO.

RECURSO DA AUTORA DESPROVIDO. RECURSO DO RÉU PARCIALMENTE PROVIDO. RECONHECIMENTO DA ILEGITIMIDADE PASSIVA DA ACAFE. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA EM SEDE DE REEXAME NECESSÁRIO.

A presença de tatuagem discreta, por si só, não autoriza a exclusão de candidato do concurso público para formação de bombeiros militares; a medida, conforme posicionamento do Supremo Tribunal Federal, viola a regra geral de acesso de todos aos cargos públicos.

No particular, não há como reconhecer a legitimidade passiva da ACAFE, pois não possuía qualquer poder de decisão em relação ao concurso. Sua função cingia-se a executar as etapas seletivas previamente previstas no edital, este de autoria exclusiva da Secretaria de Estado de Segurança Pública e Defesa do Cidadão.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2010.006109-2, da comarca de São Miguel do Oeste (2ª Vara Cível), em que é apelante Maisa Carla Valar, e apelado Estado de Santa Catarina:

ACORDAM, em Segunda Câmara de Direito Público, por votação unânime, negar provimento ao recurso da autora e dar parcial provimento ao recurso do réu. Em sede de reexame necessário, reformar parcialmente a sentença, para julgar extinta ação a ação em relação à ACAFE. Custas na forma da lei.

1. RELATÓRIO

Maisa Carla Valar ajuizou ação de reconhecimento de direito de participação em concurso público, cumulada com indenização por danos morais, contra o Estado de Santa Catarina e a Associação Catarinense das Fundações Educacionais. Alegou, em síntese, que, foi declarada inapta no exame médico e que, como o resultado do seu recurso administrativo ocorreu em momento posterior, os prazos para a realização dos demais exames de seleção haviam transcorridos. Aduziu, ainda, que o fato de possuir tatuagem foi determinante para sua inabilitação e, por conta disso, foi impedida de realizar as etapas subsequentes do concurso, que consistiam no exame psicológico e nos testes de aptidão física. Mencionou que o fato de os exames de seleção terem sido concluídos não acarretaria na perda do objeto do seu pedido, tendo em vista que o próprio edital garante, em caso de provimento do recurso administrativo, a designação de novas datas para a realização dos exames. Diante disso, requereu o reconhecimento do direito de participar de todas as etapas do concurso e a condenação dos requeridos ao pagamento de indenização por danos morais e materiais.

O Estado de Santa Catarina apresentou resposta, na forma de contestação, por meio da qual afirmou que o edital do concurso estabelece as regras para a aprovação dos candidatos e que, uma vez descumpridas as

exigências do edital, deve o candidato ser eliminado do certame. Alegou, ainda, que a candidata não foi declarada inapta apenas em razão de sua tatuagem, ressaltando que exames de sangue e de urina apresentaram anomalias. Por fim, aduziu que é indevida a indenização por danos morais e materiais (fls. 89-107).

Após réplica, os pedidos foram julgados parcialmente procedentes. Assegurou-se à autora a participação nas fases subsequentes do exame de seleção, restando vedada a sua desclassificação em razão da tatuagem, sob pena de multa diária de R\$ 200,00 (duzentos reais). No mais, julgou-se improcedente o pleito de indenização por danos morais e materiais e fixou-se os honorários advocatícios em R\$ 1.000,00 (um mil reais) devidos ao procurador da autora (fls. 149-158).

Inconformada, a autora opôs embargos de declaração (fls. 160-162), posteriormente acolhidos, para determinar aos réus o ressarcimento das custas já adiantadas (fls. 164-165).

Após, a demandante também interpôs recurso de apelação, argumentando ser devida a indenização por danos morais e materiais. Além disso, requereu a majoração dos honorários advocatícios (fls. 168-178).

Igualmente inconformado, o réu interpôs recurso de apelação, por meio do qual alegou, preliminarmente, a nulidade da sentença, por ofensa ao contraditório e ampla defesa. No mérito, sustentou que a tatuagem não foi o único elemento a fundamentar a inaptidão da candidata, uma vez que foram diagnosticadas anomalias nos exames laboratoriais. No mais, asseverou o cabimento de requisitos diferenciados para a admissão na carreira militar, sem ferir-se o princípio da isonomia. Por fim, alegou que decaiu de parte mínima do pedido, pleiteando a condenação exclusiva da autora nos ônus sucumbenciais, ou a minoração dos honorários fixados (fls. 182-197).

Foram apresentadas contrarrazões (fls. 203-213 e 217-222; autora e réu, respectivamente).

A Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Exmo. Sr. Dr. João Fernando Quagliarelli Borrelli, opinou pelo desprovemento do recurso da autora, como também pela reforma parcial da sentença, em sede de reexame necessário, para reconhecer a ilegitimidade passiva da ACAFE (fls. 228-238).

2. VOTO

Trato de recursos de apelação, interpostos contra sentença que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados por Maisa Carla Valar, em desfavor do Estado de Santa Catarina e ACAFE, nos autos da ação de reconhecimento de direito de participação em concurso público, cumulada com indenização por danos morais e materiais.

Para escorar sua pretensão aduz, a autora, que é devida a indenização por danos morais e materiais, além da majoração dos honorários advocatícios.

Por sua vez, o primeiro réu (Estado) sustenta a nulidade da sentença, por afronta ao contraditório e a ampla defesa. No mérito, com certo grau de generalidade, afirmou que a tatuagem não foi o único elemento a fundamentar a inaptidão da candidata, uma vez que foram diagnosticadas anomalias nos exames laboratoriais. Alegou, ainda, o cabimento de requisitos diferenciados para a admissão na carreira militar e que o edital não fere o princípio da isonomia. Por fim, aduziu que decaiu de parte mínima do pedido, pleiteando a condenação exclusiva da autora nos ônus sucumbenciais, ou a minoração dos honorários fixados em favor da autora.

No tocante à nulidade da sentença, o primeiro réu sustenta que há afronta ao contraditório e à ampla defesa, sob o fundamento de que o julgamento antecipado da lide obstou melhor elucidação das razões que resultaram na inabilitação da candidata. Todavia, os documentos trazidos aos autos pelas partes revelam-se suficientes ao deslinde da causa, mesmo

porque a matéria de fundo é de direito; logo, não há que se falar em nulidade da sentença por cerceamento de defesa, posto que não se vislumbra a necessidade de produção de outras provas.

Quanto ao mérito, da análise do processado, colhe-se que a autora participou de concurso público para ingresso no curso de formação de soldados, para admissão ao quadro de combatentes do Corpo de Bombeiros Militar de Santa Catarina (6º Batalhão Bombeiro Militar – Chapecó).

Classificada na primeira etapa do concurso (que contava com uma vaga), na sexta colocação (documento de fl. 17), a demandante foi submetida a exames médicos, que apontaram problemas nos exames laboratoriais (hemograma completo e parcial de urina com restrições), bem como a existência de tatuagem no punho direito da candidata (uma estrela de cinco pontas – fl. 21).

Em razão das restrições apuradas nos exames laboratoriais e da tatuagem em seu punho direito a demandante foi declarada inapta para as demais fases do processo de seleção. É o que consta do documento de fls. 116-118 (relatório do exame de seleção). Diante da conclusão do exame de seleção, a autora apresentou recurso administrativo, que foi objeto do “Parecer Recurso Exame de Seleção”, de fls. 19/20 e 119-120, do qual colhe-se:

“A candidata MAISA CARLA VALAR apresentou Atestado médico expedido pelo Dr. Elinton A Mengon, datado de 04/07/2008 e 09/07/2008, complementares a data de realização do exame de saúde, anexando cópia dos exames complementares, no qual torna a candidata apta no que se refere aos exames laboratoriais.

A candidata MAISA CARLA VALAR permanece na condição de INAPTA uma vez que incide na condição incapacitante no que se refere a alínea ‘f’ do item 25.15 do edital do Concurso Público edital nº 001/CBMSC/SSP/2008.” (grifos no original).

A alínea ‘f’ do item 25.15 do edital do concurso público, mencionada na conclusão acima, dispõe que constituem condições incapacitantes:

“f) Pele e tecido celular subcutâneo: infecções crônicas ou recidivantes; micoses extensas, infectadas ou crônicas; parasitoses cutâneas extensas; eczemas alérgicos crônicos ou infectados; expressões cutâneas das doenças auto-imunes; manifestações das doenças alérgicas de difícil resolução; ulcerações e edemas; cicatrizes deformantes, comprometendo a estética; nevus vasculares e externos ou antiestéticos. Tatuagens, se expressando motivos obscenos, ofensivos ou de morte, que possam ser considerados como manifestações de desequilíbrio psíquicos, não sendo toleradas em hipótese alguma na cabeça, pescoço, abaixo do terço distal do braço, antebraço e mãos de ambos sexos e terço médio e distal das pernas para o sexo feminino. Presença de ‘piercing’ para candidatos de ambos sexos em qualquer área do corpo.”

Nesse contexto, infere-se a desqualificação da candidata ocorreu exclusivamente em virtude de ostentar tatuagem em seu punho direito, consoante informação contida no parecer do recurso administrativo interposto pela autora (documento de fls. 19-20 e 119-120).

Sobre o tema, o posicionamento firmado pelo Supremo Tribunal Federal segue no sentido de que os concursos públicos devem se pautar, entre outros, na possibilidade de acesso de todos os cidadãos aos cargos públicos. Por conta disso, a exclusão do candidato apenas em razão da tatuagem afrontaria uma das regras gerais inerentes aos concursos públicos. Nesse sentido:

“2. É pacífico o entendimento dessa Corte de que a regra geral é o acesso de todos aos cargos públicos, salvo limitações decorrentes de lei. Entretanto, elas só serão legítimas se forem fixadas, de forma razoável, para atender às exigências das funções do cargo a ser preenchido, observado o postulado da reserva legal, conforme disposto nos arts. 37, I e II, 39, § 3º, e 42, § 1º, da Constituição Federal. Nesse sentido: RE 572.499/SC, rel. Min. Cármen Lúvia, Pleno, DJe 23.04.2010; e AI 722.490-AgRg/MG, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, DJe 06.03.2009.

3. O presente agravo não merece prosperar. Verifica-se que o acórdão recorrido aplicou entendimento perfilhado com a visão do Supremo Tribunal. É o que se depreende do trecho da ementa do acórdão

recorrido (fls. 12-16): ‘Critérios de fixação de doenças incapacitantes para o desempenho de cargo público, impostas via de resolução, e não de lei em sentido formal, ferem o princípio da legalidade. Além disso, mostra-se desarrazoado o ato administrativo que excluiu o impetrante do concurso público ao cargo de soldado da PMMG, pelo simples fato de o mesmo ter uma tatuagem em local discreto, o que não prejudica o desempenho da atividade de policial militar.’” (Decisão Monocrática no AI 750.173/MG, Rel. Min. Ellen Gracie).

No mesmo sentido, já decidiu o TJSC:

“ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. EXAME MÉDICO. TATUAGEM. CANDIDATA CONSIDERADA INABILITADA. MOTIVOS INJUSTIFICADOS. CRITÉRIOS CONSTANTES DO EDITAL QUE NÃO COADUNAM COM O CASO DA CANDIDATA. OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. ORDEM CONCEDIDA.

Fazer da tatuagem uma doença incapacitante capaz de, por si só, excluir o candidato, é contrariar os princípios constitucionais da razoabilidade e da proporcionalidade, mormente se a tatuagem é discreta e em nada influenciará na capacidade física da impetrante.” (MS n. 2005.042332-0, Rel. Des. Rui Fortes, da Capital, julgada em 09.05.2007).

Consoante as aludidas decisões, a exclusão de candidato exclusivamente pelo fato de ostentar tatuagem não se sustenta; ou seja, no caso dos autos, conclui-se que a tatuagem discreta da autora/apelante, por si só, não deve implicar na sua eliminação do certame; logo, deve ser resguardado o seu direito em participar das etapas subsequentes do concurso público, conforme bem elucidado na sentença recorrida.

Nesse particular, contudo, indispensável mencionar que, ainda que a tatuagem, nos dias atuais, sejam consideradas como mero adorno corporal, há que se atentar que a carreira militar, entre outras de natureza pública, conta com peculiaridades que a difere das atividades civis. Não há dúvida que a tatuagem não condiciona a apreciação do caráter ou do

profissionalismo do candidato; mas associada ao tipo de função a ser exercida, como toda atividade, há que se restringir ao razoável.

Em casos tais, na visão particular deste relator, e conforme já constam de alguns editais de outros Estados, deve-se observar algumas diretrizes, tais como: as tatuagens (ou adornos afins) não deverão ter grandes dimensões, com a vedação específica de não cobrir regiões ou membros em sua totalidade, sobretudo na face e outras regiões expostas mesmo com o uso adequado do uniforme; também não poderá atentar contra a moral e os bons costumes; não deve afetar a honra pessoal (imagens discriminatórias e/ou preconceituosas), o decoro, o pudor, a liberdade religiosa. Da mesma forma, não deverão indicar algum culto à violência ou apologia à qualquer atividade criminosa.

Nesse contexto, observadas as variáveis que norteiam o caso, principalmente pela foto de fl. 21, que mostra a suavidade da tatuagem ostentada pela autora/apelante, considero adequada a sentença de primeiro grau. No particular, registro que o eminente Desembargador Newton Janke, ainda que considere indevida a eliminação da candidata por inexistir lei que regulamente a vedação constante do edital, discorda do posicionamento ora desvelado.

No mais, nada obstante o ajuizamento da ação tenha ocorrido após escoadas as demais etapas do exame de seleção do certame, merece registro o fato de que, quando do resultado do recurso administrativo interposto pela demandante, em 11 de julho de 2008, o exame de avaliação psicológica já tinha acontecido; o exame de avaliação de capacidade física ocorreria no dia seguinte. A candidata efetivamente não contou com tempo hábil para viabilizar o seu intento na via judicial, que foi protocolizado no dia 18 de julho daquele ano.

O edital, neste ponto, prevê que “*o candidato que tiver seu recurso deferido deverá comparecer na data, local e endereço definidos pela Coordena-*

ção de Concursos da Acafe para submeter-se a novo Exame de Saúde” (item 23.18.6, fl. 37). Portanto, forçoso concluir que ao Estado efetivamente compete garantir a candidata a realização dos exames de seleção, com a ressalva de que eventual eliminação da autora não deve pautar-se na tatuagem demonstrada nas fotos de fl. 21; ou garantir que, no próximo concurso, ela possa participar a partir da etapa em que ocorreu a sua eliminação. Aliás, nesse particular, o Estado não fez, nem mesmo de relance, qualquer ressalva em relação à operacionalização do comando ora mantido, o que faz presumir que está apto ao fiel cumprimento dos termos da sentença.

Quanto ao pedido indenizatório, sorte não socorre à autora/apelante; afinal, conquanto sua exclusão do concurso possa ter causado alguns supostos dissabores, não percebo a presença dos elementos indispensáveis ao dever de indenizar.

Na hipótese, ao contrário do que pretende fazer crer a candidata, não vislumbro nenhum procedimento imoral ou reprovável do demandado capaz de gerar a indenização almejada. Com efeito, a autora, no momento em que realizou a sua inscrição no concurso, tinha ciência dos termos do edital e, assim, estava ciente de que poderia ser excluída do certame, na esfera administrativa, sob o fundamento de ostentar tatuagem em local aparente. Nesse pensar, tenho que a situação trazida à baila não enseja a reparação pretendida, sobretudo porque a sua aprovação no exame de saúde não garante a sua aprovação nas etapas subsequentes, que incluía ainda o exame de capacidade física. Logo, na hipótese dos autos, não se afigura razoável atestar a existência de dano de natureza moral exclusivamente pelo fato de a candidata não ter continuado no concurso, razão pela qual a sentença, também nesse aspecto, merece manutenção.

No tocante aos danos patrimoniais, afirma a demandante que se viu obrigada a realizar exame de hemograma, eletrocardiograma, ecocardio-

grama, teste ergométrico, consulta médica e despesas com fotografias, em razão da conduta do réu.

Os exames laboratoriais realizados no concurso público apontaram restrições e, diante disso, a autora efetuou tais exames em médico particular e, na sequência, deu ciência ao primeiro réu, por meio de recurso administrativo, que reconheceu a aptidão da demandante nestes pontos. Entretanto, para a reparação dos alegados danos materiais sofridos, indispensável a comprovação da conduta ilícita do réu, que, no caso, não ocorreu. Afinal, a inaptidão da candidata ocorreu com fundamento nos exames anteriormente realizados, além do fato de ostentar tatuagem.

No que se refere às despesas fotográficas, da mesma forma, não há que se falar em ressarcimento material, isso porque, como visto, a autora tinha ciência de que poderia ser considerada inapta por possuir tatuagem, pois tal situação estava descrita no edital do concurso. Nesse ponto, merece destaque a fundamentação da sentença guerreada proferida pelo Juiz Marcelo Elias Naschenweng, a saber:

“De outro lado, prosseguindo a autora no certame, não há se falar em devolução dos valores afetos à inscrição e nem em dano material daí decorrente. Igualmente, não se há falar em danos de ordem extrapatrimonial a serem indenizados, mesmo porque não houve, concessa venia, nenhum fato desabonador a tal ponto, senão o sopesamento de critérios para o ingresso em um concurso público para o qual, evidentemente, a autora de livre vontade se inscreveu e ciente estava da possibilidade ou não do sucesso na indústria.

Mesmo porque, a exigência tangente a ausência de tatuagem – ou restrições ao seu uso – já constava do edital e poderia ter sido objugada em momento anterior, evitando pois que a recusa se desse em fase posterior do concurso” (fl. 157).

Destarte, im procedem os pedidos indenizatórios.

No tocante aos honorários advocatícios, ressaltado que estes foram fixados em sentença, no importe de R\$ 1.000,00 (um mil reais), já com

a consideração da sucumbência recíproca. Ocorre que, neste particular, a sentença merece breve reparo.

Da análise dos autos resta incontroversa a ocorrência da sucumbência recíproca; não se olvida, ainda, que o magistrado sentenciante considerou a sucumbência recíproca quando da fixação da verba honorária. Entretanto, entendendo mais adequado para o caso dos autos, a manutenção dos honorários advocatícios em R\$ 1.000,00 (um mil reais), repartidos, em razão da sucumbência recíproca (art. 21 do CPC), 70% em favor do procurador da autora e 30% em benefício do procurador do réu.

Por fim, em sede de reexame necessário, ressalto que a Associação Catarinense das Fundações Educacionais – ACAFE não é parte legítima para figurar no pólo passivo da presente demanda. Isso porque, cabe ao Estado responder por eventuais problemas no concurso público, uma vez que a participação da ACAFE limita-se à execução das etapas do concurso público, nos moldes estabelecidos pelo poder Público.

Nesse sentido:

“MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PÚBLICO – SOLDADO DO CORPO DE BOMBEIROS MILITAR – ILEGITIMIDADE PASSIVA DA ACAFE – AVALIAÇÃO PSICOLÓGICA – QUESTIONAMENTO DOS CRITÉRIOS ADOTADOS PELA COMISSÃO – NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA – INCOMPATIBILIDADE COM A VIA MANDAMENTAL – AUSÊNCIA DE CARÁTER SIGILOSO E IRRECORRÍVEL NO EXAME – LEGALIDADE – SEGURANÇA DENEGADA.

A ACAFE não é autoridade legítima para figurar no pólo passivo da demanda, isto porque a entidade que representa foi contratada apenas para a execução de etapas do concurso, não possui qualquer poder de decisão, e não participou da elaboração do edital, que é de autoria exclusiva da Secretaria de Estado da Segurança Pública e Defesa do Cidadão. (MS n. 2008.040047-9, Rel. Des. Cid Goulart, j. em: 05.12.2008)

No mesmo sentido: MS 2008.037421-5.

Diante do exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso da autora, bem como dar parcial provimento ao recurso do réu, para o fim de fixar os honorários advocatícios nos termos supra.

Em sede de reexame necessário, voto pelo reconhecimento da ilegitimidade passiva da ACAFE, com a sua exclusão da demanda, nos termos do art. 267, VI, do CPC. Assim, pelo princípio da causalidade, condenar a autora ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em R\$ 700,00 (setecentos reais).

3. DECISÃO

Ante o exposto, a Segunda Câmara de Direito Público decidiu, por votação unânime, negar provimento ao recurso da autora e dar parcial provimento ao recurso do réu. Em sede de reexame necessário, reformar parcialmente a sentença, para julgar extinta a ação em relação à ACAFE.

O julgamento, realizado no dia 29 de março de 2011, foi presidido pelo Exmo. Sr. Desembargador Newton Janke, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Desembargador Cid Goulart.

Lavrou parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. João Fernando Quagliarelli Borrelli.

Florianópolis, 29 de março de 2011.

Ricardo Roesler
RELATOR

QUARTA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

APELAÇÕES CÍVEIS

Apelação Cível n. 2008.048025-7, da Capital

Relator: Des. José Volpato de Souza

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA – PRELIMINARES – CERCEAMENTO DE DEFESA – ASSERTIVA REPELIDA – PROVAS COLACIONADAS AOS AUTOS QUE SÃO SUFICIENTES AO DESLINDE DA *QUAESTIO* – CONTESTAÇÃO INTEMPESTIVA – RECONHECIMENTO DOS EFEITOS DA REVELIA PARA O MUNICÍPIO DE FLORIANÓPOLIS – IMPOSSIBILIDADE – DIREITOS INDISPONÍVEIS – EXEGESE DO ART. 320, II, DO CPC – *ÔNUS PROBANDI* QUE RECAI AO AUTOR – PREAMBULARES RECHAÇADAS.

MÉRITO – TERRENO LITIGIOSO INVADIDO POR TERCEIROS, COM ABERTURA DE RUAS PELO MUNICÍPIO DE FLORIANÓPOLIS NO LOCAL – PEDIDO DE INDENIZAÇÃO FUNDAMENTADO NA ALEGAÇÃO DE QUE ESTE FAVORECEU A OCUPAÇÃO – INOBSERVÂNCIA NA ESPÉCIE – ÁREA RECEBIDA EM “DAÇÃO EM PAGAMENTO” EM 1995 – AFIRMAÇÃO PELOS AUTORES DE QUE, DESDE ESTA ÉPOCA, JÁ HAVIA PESSOAS INSTALADAS – CIÊNCIA DAS CONDIÇÕES DO BEM QUANDO DA AQUISIÇÃO – DESÍDIA DOS PROPRIETÁRIOS E/OU POSSUIDORES ANTERIORES E ATUAIS EM PROTEGÊ-LO – AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE DO ENTE PÚBLICO – IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO NESTE

PONTO – RECLAMAÇÃO ACERCA DAS RUAS ABERTAS PELA MUNICIPALIDADE – RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO NO JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU – AFIRMAÇÃO DE QUE AS VIAS PASSAM ENTORNO DO IMÓVEL – SITUAÇÃO NÃO VERIFICADA – RELAÇÃO TRAZIDA, PELOS AUTORES, DOS IMÓVEIS QUE ESTÃO NO BEM LITIGIOSO – POSSIBILIDADE DE SE AVERIGUAR QUAIS RUAS PASSAM POR ESTE – DENOMINAÇÃO DESTAS VIAS QUE DATAM DE MAIS DE VINTE ANOS DO AJUIZAMENTO DA AÇÃO – PREJUDICIAL DE MÉRITO RECONHECIDA – SÚMULA 119 DO STJ – ALEGAÇÃO DE QUE HÁ Esvaziamento econômico apto a ensejar o reconhecimento do direito de indenizar – AFIRMAÇÃO, NAS RAZÕES RECURSAIS, DE QUE “SUBSTANCIAL PARTE DO IMÓVEL ENCONTRA-SE DESOCUPADA” – IMPOSSIBILIDADE DE ACOLHIMENTO DESTE ARGUMENTO – SENTENÇA MANTIDA.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2008.048025-7, da comarca da Capital (Unidade da Fazenda Pública), em que são apelantes Luiz Sérgio Mariani Mansur e outros, e apelado Município de Florianópolis:

ACORDAM, em Quarta Câmara de Direito Público, por votação unanimidade, conhecer do recurso e negar-lhe provimento. Custas legais.

RELATÓRIO

Luiz Sérgio Mariani Mansur e outros ajuizaram ação de indenização por desapropriação indireta contra a Secretaria Municipal de Habitação da Prefeitura Municipal de Florianópolis, alegando, em suma, que: são proprietários, em condomínio, de um terreno de 133.251 m² (cento e trinta e três mil e duzentos e cinquenta e um metros quadrados) localizado

na cidade de Florianópolis; este bem foi adquirido em uma doação em pagamento feito pela empresa Tristão Imóveis Ltda., em razão de uma confissão de dívida; a Prefeitura de Florianópolis abriu ruas no referido imóvel, o que culminou na ocupação do local por pessoas carentes; em 1995, ofereceram o bem ao ente municipal, que se manteve inerte quanto à oferta, motivo pelo qual iniciaram um projeto para a construção de um cemitério, o qual foi levado ao conhecimento deste, que deixou de se manifestar, porém continuou a abrir ruas naquele terreno, fornecendo, inclusive, o calçamento, a água, a luz, etc; em 23 de junho de 2006, encaminhou ao ente público um “plano de regularização fundiária e urbanização de área ocupada”, que foi indeferido pela Procuradoria-Geral do Município; o requerido consentiu com a ocupação que estava sendo efetuada, tanto que possui o cadastro de todos os moradores e cobra IPTU, fato que, por si só, caracteriza a desapropriação indireta; fazem jus à indenização pela área em comento, devidamente atualizada. Requereram, ao final, a procedência dos pedidos iniciais (fls. 02/13). Juntaram documentos às fls. 14/67.

À fl. 69, o MM. Juiz determinou a retificação do polo passivo da demanda, o que foi cumprido à fl. 72.

Devidamente citado (fl. 82), o Município de Florianópolis contestou o feito às fls. 84/109, afirmando, em suma, que: a defesa era intempestiva, todavia este fato não impedia o exame de suas alegações, por se tratar de pessoa jurídica de direito público; afirmou que os autores requereram, num primeiro momento, a desapropriação com pagamento em dinheiro e, num segundo momento, “com transferência do direito de construir (índice de transferência)”, o que se mostra descabido; os autores juntaram laudo de avaliação, atribuindo ao imóvel o valor de R\$ 18.023.489,50 (dezoito milhões, vinte e três mil, quatrocentos e oitenta e nove reais e cinquenta centavos), porém deram à causa o valor de R\$ 843,00 (oitocentos e quarenta e três reais); os requerentes reconhecem que há anos o imóvel litigioso foi invadido, não podendo ser responsabilizado por este ato, uma vez que se

trata de área particular; as ruas mencionadas no laudo trazido pelos autores datam de mais de vinte anos, e algumas existem há mais de quarenta anos; prescreveu o direito dos autores; resta configurada a sua ilegitimidade, pois não tem relação com os fatos alegados na inicial, o que, por via de consequência, torna o pedido juridicamente impossível; inexistente prova do direito alegado; há o instituto do usucapião em favor dos posseiros e do município, porquanto não houve oposição dos autores quanto às terras ocupadas. Pugnou pela improcedência dos pedidos iniciais (fls. 84/109). Juntou documentos às fls. 110/140.

Réplica às fls. 145/154.

O Ministério Público de primeiro grau deixou de se manifestar por não ser necessária a sua intervenção (fl. 177/178).

Ao sentenciar o feito, a MM^a Juíza singular acolheu a preliminar de prescrição quanto à abertura de ruas, extinguindo o processo, neste ponto. Em relação ao mérito, julgou improcedentes os pedidos iniciais, condenando os autores ao pagamento de honorários advocatícios, arbitrados em R\$ 1.000,00 (mil reais), sem condenação em custas, pois beneficiários da justiça gratuita (fls. 183/191).

Embargos de declaração opostos às fls. 195/204, os quais foram rejeitados às fls. 216/217.

Irresignados com a decisão prolatada, os autores apelaram a esta Corte de Justiça para ver reformada a decisão de primeiro grau. Ressaltaram, em síntese, que: há cerceamento de defesa, pois necessário se faz a produção de prova técnica e testemunhal; a contestação é intempestiva; o município não poderia ser beneficiado com a prescrição, porque as ruas abertas há mais de vinte anos não fazem parte do imóvel e estão em seu entorno; o juízo de primeiro grau deixou de reconhecer os efeitos da intempestividade da peça defensiva, no caso, a preclusão, a revelia e a presunção de veracidade dos fatos alegados na inicial; resta caracterizado

o dever de indenizar, tendo em vista que houve o esvaziamento econômico do imóvel. Requerem o acolhimento das preliminares ou a procedência do pedido exordial (fls. 221/235).

Em sessão realizada no dia 21 de agosto de 2008, a Segunda Câmara de Direito Civil, por votação unânime, não conheceu do recurso e determinou a remessa dos autos a uma das Câmaras de Direito Público (fl. 252).

Os autores colacionaram documentos às fls. 266/691, tendo o Município de Florianópolis manifestado-se sobre estes às fls. 702/708.

Lavrou parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Antenor Chinato Ribeiro, que opinou pelo desprovimento do recurso (fls. 720/722).

Determinada, por esse Relator, a inclusão do processo para julgamento (fl. 723v.)

Às fls. 728/729, foram retirados os autos de pauta, para que os autores comprovassem a alegada hipossuficiência, o que foi cumprido às fls. 742/770.

No despacho de fl. 771, foi mantida a gratuidade da justiça como concedida no primeiro grau de jurisdição.

VOTO

Buscam os autores a modificação da sentença de primeiro grau que inacolheu os pedidos exordiais, além de reconhecer a prescrição do direito de reclamar as ruas abertas pelo Município de Florianópolis, no imóvel objeto da lide.

Inicialmente, é imperioso esclarecer as assertivas deduzidas quanto à intempestividade da contestação ofertada pelo Município de Florianópolis.

O cômputo deste lapso temporal não se faz necessário, pois o próprio ente público reconheceu que a juntada de sua defesa estava se dando extemporaneamente, veja-se:

Inicialmente, temos a informar que, devido a problemas operacionais internos, **e após uma busca incessante de provas (que o requerente não fez nos autos)**, a presente ação está sendo contestada após a fluência do prazo legal (fl. 85) (grifo no original).

Assim, pretendem os apelantes a incidência dos efeitos da revelia, a preclusão do direito de defesa dos apelados e o reconhecimento da veracidade dos fatos alegados na exordial.

Neste ponto, é de se ressaltar que, ao contrário do que afirmam os recorrentes, não se aplicam ao ente público os efeitos da revelia, pois o “direito da Fazenda Pública é indisponível, devendo o magistrado, mesmo na hipótese de revelia, determinar a instrução do feito para que a parte autora possa se desincumbir do seu ônus *probandi*. Aliás, assim dispõe o art. 320, II, do CPC:

“Art. 320. A revelia não induz, contudo o efeito mencionado no artigo antecedente:

“[...]

“II – se o litígio versar sobre direitos indisponíveis.

“À evidência, a revelia, sendo ré a Fazenda Pública, não produz seu efeito material, de maneira que não haverá presunção de veracidade quanto aos fatos alegados pelo autor na petição inicial [...].

“De fato, é pacífico o entendimento de que os atos administrativos gozam da presunção de legitimidade, de forma que não há de presumir legítima a pretensão do autor, na hipótese de ser revel a Fazenda Pública. Vale dizer que os atos administrativos gozam de presunção de legitimidade, de maneira que cabe ao autor, numa demanda proposta em face da

Fazenda Pública, demonstrar, e comprovar, as alegações contidas em sua peça inicial. Não o fazendo, mediante a produção de qualquer prova, só restará a consequência da improcedência” (CARNEIRO DA CUNHA, Leonardo José. *A Fazenda Pública em Juízo*. 5ª ed. São Paulo: Dialética, 2007, p. 87/88).

Neste sentido, já se manifestou esta Corte de Justiça:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL – NULIDADE DA SENTENÇA – INAPLICABILIDADE DOS EFEITOS DA REVELIA À FAZENDA PÚBLICA – DIREITOS INDISPONÍVEIS – CONTRIBUIÇÃO DE MELHORIA – EDITAL QUE NÃO PREENCHE OS REQUISITOS NECESSÁRIOS À INSTITUIÇÃO DO TRIBUTO – CONSIDERAÇÃO APENAS DO CUSTO DA OBRA SEM LEVAR EM CONTA A VALORIZAÇÃO DO IMÓVEL – TRIBUTO INEXIGÍVEL.

Ainda que o Município não tenha contestado as alegações apresentadas na inicial, à Fazenda Pública não se aplicam os efeitos da revelia, porque seus direitos são indisponíveis (art. 320 do CPC) [...] (AC n. 2009.048756-0, de Joaçaba, rel. Des. Jaime Ramos, julgado em 10/09/2009).

Decidiu mais:

MUNICÍPIO. CONTESTAÇÃO INTEMPESTIVA. EFEITOS DA REVELIA INOCORRENTES. SERVIDOR PÚBLICO. COBRANÇA DE VERBAS TRABALHISTAS. HORAS EXTRAS. PAGAMENTO COMPROVADO PELO MUNICÍPIO. CUMPRIMENTO DE OUTRAS HORAS EXCEDENTES INCOMPROVADO. INSUFICIÊNCIA DA PROVA EXCLUSIVAMENTE TESTEMUNHAL. RECURSO DESPROVIDO.

1. Os direitos da Fazenda Pública são categorizados como indisponíveis e, assim, infensos aos efeitos da revelia (art. 320, inc. II, CPC).
2. A prova exclusivamente testemunhal não autoriza o reconhecimento de que o servidor cumpriu outras horas extras além daquelas já pagas (AC n. 2007.049768-2, de Anchieta, rel. Des. Newton Janke, julgado em 25/08/2009)

Desta forma, não há como acolher os pedidos dos apelantes quanto a este aspecto, tendo em vista que, apesar de o apelado não ter apresentado a tempo e modo a sua peça defensiva, não lhe pode ser imputados os efeitos da revelia, porque se está diante de direitos indisponíveis.

Salienta-se, que essa menção tem a finalidade de esclarecer a matéria deduzida pelos apelantes, que se insurgiram, por diversas vezes, quanto à necessidade de se aplicar os efeitos da revelia ao apelado.

Em ato contínuo, os recorrentes afirmam, que o julgamento antecipado da lide causou-lhes cerceamento de defesa, uma vez que, para o caso dos autos, é indispensável a produção de prova técnica e prova testemunhal.

A ação de desapropriação indireta encontra regramento no Decreto-Lei n. 3.365/41, o qual dá os parâmetros a serem observados nos casos em que essa medida se fizer necessária.

Sabe-se, na esteira do que ensina a doutrina, que a prova pericial, em ações desse gênero, tem o condão de precisar o valor da indenização a ser paga pelo ente público, pois “não se pode perder de vista que na ação de desapropriação o *meritum causae* se adstringe à discussão sobre o valor indenizatório. É esse o ponto que vai ser objeto de provas a serem produzidas por expropriante e expropriado” (CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo, 21ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 805).

Na linha deste posicionamento, verifico que a prova técnica em nada mudaria o desfecho a ser dado nesta lide, porquanto, nesse momento, ainda se discute se há ou não o apossamento, por parte do município, das terras dos apelantes, porquanto este nega qualquer interesse no terreno, tanto que há nos autos provas documentais da negativa do ente público em relação à aquisição desse bem imóvel.

De igual forma, a prova testemunhal também não tem aplicabilidade ao caso, pois dissociada do que se pretende comprovar nesta demanda.

Não há que se falar em cerceamento de defesa, quando os documentos que acompanham a inicial são suficientes para o deslinde da *quaestio*, a teor do que estabelece o art. 330, I, do Código de Processo Civil.

Assim, “em matéria de prova o poder inquisitivo do juiz é maior que em qualquer outra atividade processual. O juiz não é mero espectador de luta entre as partes; ele a dirige e policia, ‘determina as provas necessárias à instrução do processo’, indefere as diligências que, a seu juízo, são inúteis ou protelatórias. Conquanto o ônus da prova caiba às partes (art. 333), é o juiz que faz a seleção das requeridas e diz quais são as necessárias à instrução do processo’ (Hélio Tornaghi)” (AI n. 2007.006793-9, de Araranguá. Rel. Des. Luiz Carlos Freyesleben, julgado em 18/12/2008).

Desse modo, inócurre o cerceamento de defesa, ainda mais pelo desfecho a ser dado à presente lide.

Na hipótese em apreço, a matéria deduzida na peça exordial cinge-se em delimitar a responsabilidade do Município de Florianópolis pelas ruas abertas e pelos “invasores” que residem no imóvel litigioso.

Sustentam os apelantes que resta plenamente caracterizada a desapropriação indireta, na medida em que a municipalidade facilitou a invasão de terceiros no imóvel, fornecendo-lhes, inclusive, acesso ao terreno por meio de ruas abertas, além do fato de cobrar IPTU dos que lá residem.

De plano é de se esclarecer que os apelantes adquiriram o terreno por meio de “dação em pagamento”, consoante registro geral de fls. 33/33v., datado de 03/08/1995, condição que dispensa maiores digressões porquanto afirmada na inicial.

No que tange aos “invasores”, entendo que inexistente a possibilidade de responsabilizar o apelado, uma vez que desincumbido da “guarda, proteção

ou vigilância” sobre terreno que não lhe pertence, tratando-se de deveres conferidos ao proprietário e/ou possuidor do imóvel. Além do mais, no caso dos autos, os apelantes, quando da aquisição do terreno, já tinham plena ciência da ocupação existente no bem litigioso, pois afirmam:

“Ao receber em pagamento dita área, o autores verificaram que a Prefeitura de Florianópolis já havia aberto uma rua dentro da propriedade, em consequência do que **lá se haviam instalado alguns moradores carentes de habitação, em pequenos casebres [...]**” (fls. 04/05).

“Ao longo do tempo, referido terreno foi sendo ocupado ilegalmente por pessoas que lá construíram suas casas [...]” (fl. 24)

Denota-se que os apelantes, como dito anteriormente, estavam cientes das condições do imóvel quando o aceitaram, e permaneceram inertes quanto aos seus direitos e deveres de proprietários e/ou possuidores, porque o simples fato de terem oferecido o bem para a municipalidade, meses depois da aquisição do imóvel, não caracteriza atos de proteção da posse e/ou propriedade, os quais deveriam ter sido direcionados diretamente aos invasores.

Essa hipótese é, inclusive, reforçada pela alegação feita por um dos apelantes, que oferece o bem à municipalidade por não ter condições de arcar com tantas desapropriações, veja-se:

“Venho por meio desta colocar para vossa apreciação minha causa com referência a uma área de minha propriedade ocupada no bairro Pantanal.

“A mesma se encontra ocupada por vários posseiros a (sic) mais de 10 anos, **que não temos condições de desapropriar**”. (fl. 39)

“Sendo assim, o aproveitamento que os requerentes pretendiam dar ao terreno, ao menos de imediato, fica comprometido. Toda e qualquer obra que ali se pretenda executar, **deve ser precedida de medidas judiciais que assegurem os proprietários a retomada do imóvel.**

“Como isto, no entanto, não atende aos interesses imediatos dos requerentes, nem, tampouco, os dos moradores lá assentados, vêm aqueles, por este instrumento, propor ao Município de Florianópolis, negociação que, além de equacionar as pretensões dos proprietários e ocupantes do imóvel, converge para a situação de elevado interesse não só da comunidade florianopolitana, mas da região metropolitana aqui situada” (fl. 24/25).

Dessume-se que os apelantes tinham plena ciência das condições do imóvel, porém quedaram-se inertes na proteção do seu bem, cujo desfecho foi pelo aumento de invasores com o passar do tempo, tratando-se de um “problema” que deram causa e que tentam repassar ao apelado, o qual, desde o início, deixou claro que não possuía qualquer interesse no terreno.

Ademais, ressalto que os próprios apelantes colacionaram documentos que comprovam que estes invasores remontam de muito tempo, podendo ser citados, por amostragem, os seguintes registros de “ano de construção”: fl. 281 – **1982**; fl. 282 – **1978**; fl. 283 – **1970**; fl. 348 – **1984**; fl. 460 – **1960**; fl. 461 – **1978**; fl. 477 – **1979**.

Esse fato é corroborado pelas fotos colacionadas às fls. 121/122, comprovando que desde 1977 já havia moradores no local em exame, ou seja, a inércia em proteger a área remonta de muito tempo, a qual não pode ser suprimida pela via de desapropriação indireta se, na hipótese, a ocupação se deu por terceiros, sem participação do apelado, e há muitos anos .

Deste modo, é inviável o reconhecimento de atos de desapropriação pelo ente público em relação às pessoas que lá residem, pois absolutamente dissociadas de qualquer conduta caracterizadora daquela condição, aliado ao fato de que “prevalece no Superior Tribunal de Justiça a compreensão de que o reconhecimento da desapropriação indireta de um bem reclama a presença de dois requisitos: a) que o bem tenha sido incorporado ao patrimônio do Poder Público, ou seja, que tenha ocorrido o apossamento e; b) que a situação fática seja irreversível. (Decisão monocrática proferida

no agravo regimental no recurso especial n. 1.098.161/SC, de 23.6.2009, relator o ministro Humberto Martins) (AC n. 2009.008044-5, de Palhoça, rel. Des. Jânio de Souza Machado, julgado em 11/08/2009).

Com efeito, concluí-se que não houve a devida proteção ao patrimônio em questão, pois nem os proprietários anteriores e nem os atuais tomaram medidas para resguardar o que lhes pertencia, pelo menos não há notícia nos autos de que as tenham feito.

Por oportuno, trago à baila julgado do STJ, no qual o Ministro Luiz Fux deixa claro que o simples fato de haver invasão de terceiros não caracteriza, por si só, desapropriação indireta, mesmo quando o ente público proporciona infra-estrutura para aqueles que se apossaram do imóvel, uma vez que não praticou ato tendente a obstaculizar o direito de propriedade dos apelantes, veja-se:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. VIOLAÇÃO AO ART. 535, DO CPC. INOCORRÊNCIA. AÇÃO REIVINDICATÓRIA CONVOLADA EM DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. DIREITO À INDENIZAÇÃO INDEMONSTRADO. MUNICÍPIO QUE NÃO PRATICOU QUALQUER CONDUTA POSITIVA TENDENTE A IMITIR-SE NA POSSE DO BEM PARTICULAR OU OBSTAR O EXERCÍCIO DA POSSE DE REFERIDO BEM. ACÓRDÃO FUNDADO EM EXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA N.º 07/STJ. INCIDÊNCIA.

1. A desapropriação indireta pressupõe conduta positiva do ente estatal consistente no apossamento administrativo da área, caracterizando-se esbulho possessório, ou ato que vise obstar o exercício da posse reivindicadas pelo particular no caso de imóvel objeto de invasão.

2. A similitude fática, restando inócua, impõe a inadmissão do recurso sob esse ângulo.

[...]

3. O Município que implementa atividade de saneamento básico em área cuja invasão já havia sido concretizada, sem, contudo, ter

agido de modo a impedir o exercício da posse pelos proprietários da área invadida, não está obrigado a indenizar o particular porquanto não pratica ato tendente a concretizar o esbulho.

4. *In casu*, as proprietárias da área objeto de invasão ajuizaram ações de reintegração de posse e reivindicatória, não tendo logrado êxito em nenhuma delas, tendo, posteriormente, ajuizado nova demanda reivindicatória convolada em ação de desapropriação indireta, na qual reconheceu-se que o Município que não praticou qualquer ato material que resultasse na concretização do esbulho ou, sequer, impediu o exercício do direito de propriedade dos esbulhados.

5. O Tribunal *a quo*, com ampla cognição fático-probatória, assentou que: **Quando da intervenção do Poder Público com a realização das obras, a invasão do imóvel já se encontrava consolidada não sendo crível entender ter havido ato de desapossamento por parte do ente público ao realizar obras de infra-estrutura. Acrescente-se que a simples invasão de propriedade urbana por terceiros, mesmo sem ser repelida pelo Município, não constitui desapropriação indireta. Ademais, não há nos autos prova cabal de que o apelado tenha fomentado a invasão ou simplesmente contribuído para que esta ocorresse**, motivo pelo qual, a revisão do entendimento exarado pela Corte de origem, demandaria o reexame de matéria fático-probatória, insindicável em sede de recurso especial, ante o óbice da Súmula n.º 07/STJ.

[...]

7. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, desprovido. (Resp n. 1041693/RJ, julgado em 03/11/2009) (grifou-se).

Na mesma linha do que ficou assentado no julgado transcrito, é que se repele o direito à indenização respaldado no simples fato de o Município cobrar dos invasores IPTU, porquanto, repiso, não havendo atos de apossamento por parte deste, fica inviável o reconhecimento de qualquer compensação financeira pela via de desapropriação indireta, como pretendem os recorrentes.

Assim, no que tange às invasões ocorridas no terreno, correta está a decisão da Magistrada de primeiro grau que julgou improcedentes os

pedidos iniciais, nesta parte, deixando assente que “não resta dúvida de que os autores quedaram inertes em opor-se as ocupações que se processaram na área de sua propriedade, optando por acionar o Município a fim de verem-se indenizados pela ocupação ocorrida. Entretanto, não é o Município que tomou posse do imóvel dos autores, e sim terceiros, que não integram a lide, sendo certo que os autores carecem do direito de pleitear indenização, à quem não detém a legitimidade para tanto” (fl. 187).

Na sequência, passa-se a analisar o pedido de indenização pelas ruas abertas pela municipalidade no terreno em comento, porquanto os apelantes afirmam a necessidade de serem ressarcidos por este fato.

Muitas nuances cercam essa questão, pois no primeiro grau foi reconhecida a prescrição do direito de os apelantes reclamarem qualquer indenização sobre essas vias. No entanto, afirmam que as ruas descritas na sentença não passam por dentro do terreno, mas em seu entorno.

Neste momento, apenas para reforçar o que já foi dito, acerca da desnecessidade de produção de prova pericial para delimitar as ruas que passam pelo imóvel, esclareço que os apelantes trouxeram às fls. 269/273 um “espelho de lançamento de IPTU”, no qual consta o nome do morador e a rua em que sua residência foi edificada, condição que traz com clareza quais vias passam pelo imóvel, dispensando qualquer outro tipo de prova.

Desse modo, tem-se que, ao contrário do que sustentam os apelantes, as ruas Capitão Osmar Silva, Antônio Francisco da Silveira; José Félix Vieira e Leonor de Barros, mencionadas na sentença, passam por dentro do imóvel, pois relacionadas no documento trazido por estes e intitulado de “relação de imóveis da área invadida” (fl. 269), no qual se verifica, claramente, a nominata daquelas vias.

A Súmula 119 do STJ prevê que “*a ação de desapropriação indireta prescreve em 20 (vinte) anos*”.

In casu, a Magistrada de primeiro grau, em sentença, asseriu que as referidas ruas foram abertas muito tempo antes do ajuizamento desta ação, extrapolando o prazo vintenário estabelecido pela referida súmula, razão pela qual extraio trecho desse comando, esclarecendo a questão, veja-se:

“Assim a Rua Capitão Osmar Silva, que parte da entrada do Pantanal até seu prolongamento no morro (fls. 110/111), foi assim denominada em 29 de novembro de 1960; a rua Antônio Francisco da Silveira, rua que parte da Deputado Antônio Edu Vieira, ao lado do Grupo Escolar Beatriz de Souza Brito, em direção ao morro, foi assim denominada em 1º de março de 1984 (fls. 112/113); a rua José Félix Vieira, paralela com a Capitão Osmar Silva, que parte da rua Deputado Antônio Edu Vieira, defronte ao Clube Corinthians, recebeu tal denominação em 12 de maio de 1983 (fls. 116); da mesma forma a rua Professora Leonor de Barros, rua que parte da rua Maria do Patrocínio Coelho, nominada em 30 de junho de 1983 (fls. 117); a Aparício Generoso Martins, nominada em 22 de agosto de 1988 (fls. 118).

“Ou seja, em relação a abertura de ruas, há de ser acolhido o pleito do réu no sentido de estar prescrito o direito dos autores, porquanto há mais de vinte anos do ingresso da ação, que se deu em 17 de outubro de 2006, é que suas ruas estavam definidas, quer por servidões, que por projetos em loteamento (a Capitão Osmar Silva, antiga projetada, ao que consta, constava de loteamento n. 4.015 de Francisco Tomé de Borja – fls. 110.” (fl. 186).

Na presente lide, é inviável acolher a pretensão dos apelantes quanto ao esbulho praticado pelo apelado, quando da abertura das vias em comento, pois a norma é clara ao estipular o prazo vintenário para reclamar qualquer indenização, o que foi extrapolado, consoante posicionamento já assentado no juízo de primeiro grau, não merecendo qualquer reparo.

No que tange à Rua Maria Patrocínio Coelho e à Servidão Aparício Generoso Martins, também citadas nas razões recursais (fl. 226), esclareço que elas não passam pelo terreno, porque na lista trazida pelos apelantes,

denominada de “relação de imóveis da área invadida” (fl. 269), não há a nomenclatura dessas vias, sendo, por esse motivo, desnecessárias outras considerações.

Em relação à Rua Deputado Antônio Edu Vieira, ressalvo que há, no rol acima referido, quatro imóveis considerados como pertencentes à área invadida, que estão nessa localizados. Todavia, não se sabe ao certo o ano em que esta via recebeu sua denominação, por ausência de prova neste sentido, porém é de se reconhecer que foi antes de 1983, porque quando a Rua José Félix Vieira recebeu a sua denominação (06/05/1983), já havia referência àquela, o que leva à conclusão de que a sua denominação é, no mínimo, anterior a esta data.

Ademais, os autores adquiriam o imóvel em 1995, quando já tinham ciência das limitações nele existentes, bem como do desapossamento sofrido pelos proprietário e/ou possuidores anteriores, com relação às vias abertas, consoante fundamentação apresentada em linhas anteriores, motivo pelo qual a insurgência neste momento é descabida.

De igual modo, a afirmação de que as “tratativas extrajudiciais” com o apelado teriam interrompido a prescrição não prospera, pois, para que isso ocorra, é necessário que os “donos” (num sentido lato) tivessem tomado as medidas concretas para a defesa da sua propriedade e/ou posse, o que está longe de restar configurado.

Entrementes, há julgados desta Casa que reconhecem a ausência qualquer direito se, no momento da aquisição do imóvel, a administração pública já havia praticado o esbulho, ao argumento de que, nestes casos, a aquisição se deu com a rua já implantada “*e, em consequência, não fazia parte do bem que estava adquirindo; não há que se falar, pois, em desapossamento.*” (AC n. 2003.016549-5, de Indaial, rel. Des. Luiz César Medeiros, julgado em 15/08/2006).

Sobre o tema, colaciona-se julgado desta Corte de Justiça:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. SUPOSTA INSTITUIÇÃO DE SERVIDÃO DE PASSAGEM. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE PELA INEXISTÊNCIA DE PROVA DE FATO CONSTITUTIVO DO DIREITO DA AUTORA. EXISTÊNCIA DE PREJUDICIAL DE MÉRITO, CUJA ANÁLISE DEVE SE DAR PRELIMINARMENTE. PRESCRIÇÃO VINTENÁRIA. SEDIZENTE GRAVAME EXISTENTE DESDE 1967. PROPOSITURA DA AÇÃO HAVIDA EM 1995. CAMINHO QUE CORTA O LOTE DA DEMANDANTE HÁ QUASE TRINTA ANOS. ARTIGO 177 DO CÓDIGO CIVIL. APLICAÇÃO, ADEMAIS, POR ANALOGIA, DA SÚMULA 119 DO STJ. RECURSO DESPROVIDO. EXTINÇÃO DO PROCESSO, COM RESOLUÇÃO DE MÉRITO, A TEOR DA SEGUNDA PARTE DO INCISO IV DO ARTIGO 269 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. MANUTENÇÃO DO ÔNUS SUCUMBENCIAL (AC n. 2007.049402-6, da Capital, rel. Des. Ricardo Roesler, julgado em 06/10/2009).

Saliento, até para evitar questionamentos desnecessários, que, ao contrário do que os insurgentes afirmaram, não se está a “contemplar o ente público municipal com a totalidade da propriedade dos autores (133.251,00 m²)”, mas apenas que o desapossamento abarca relação, tão somente, com as ruas abertas e não com a integralidade do bem.

Desse modo, considerando as datas e os fatos apresentados, é forçoso reconhecer a ocorrência de questão prejudicial de mérito, no caso, a prescrição do direito à indenização, em virtude das vias abertas pelo apelado.

Por fim, no que se refere ao alegado esvaziamento econômico mencionado nas razões recursais, na tentativa de obterem a indenização perquirida, tenho que há um contra-senso nessa assertiva, pelo fato de terem afirmado que a área é imensa e valiosa e “com substancial parte ainda desocupada” (fl. 223), sendo forçoso concluir que se boa parte do terreno ainda não foi utilizada (ocupada), é porque inexistente aquela depreciação do imóvel.

Diante dessas considerações, voto pela manutenção da sentença objurgada.

DECISÃO

Ante o exposto, a Quarta Câmara de Direito Público, por votação unânime, conheceu do recurso e negou-lhe provimento.

O julgamento, realizado no dia 10 de março de 2011, foi presidido pelo Excelentíssimo Desembargador Cláudio Barreto Dutra (sem voto), e dele participaram, com votos, além do Relator, os Excelentíssimos Desembargadores Jaime Ramos e Rodrigo Collaço.

Funcionou como representante do Ministério Público o Exmo. Sr. Dr. Jacson Corrêa.

Florianópolis, 17 de março de 2011.

José Volpato de Souza
RELATOR

Apelação Cível n. 2009.065803-5, de Campos Novos

Relator: Des. José Volpato de Souza

APELAÇÃO CÍVEL E REMESSA NECESSÁRIA – AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL – INSURGÊNCIA QUANTO AO VALOR COBRADO NA CDA N. 10731/2007, PROVENIENTE DA NOTIFICAÇÃO FISCAL N. 004/2007 – PROCESSO ADMINISTRATIVO PARA APURAÇÃO DO *QUANTUM* DEVIDO – EXCLUSÃO, NESTA ESFERA, DO VALOR COBRADO EM 2001 E REDUÇÃO DA MULTA IMPOSTA – EXECUÇÃO DA DÍVIDA – CONSTRUÇÃO DE USINA HIDRELÉTRICA – INCIDÊNCIA DE ISS – COBRANÇA SOBRE SERVIÇOS QUE NÃO ESTÃO NO ROL DA NORMA DE REGÊNCIA – RECONHECIMENTO PELO ENTE PÚBLICO DE ERRO – REDUÇÃO VOLUNTÁRIA DO VALOR EM SEDE DE CONTESTAÇÃO – AFIRMAÇÃO DE QUE É POSSÍVEL A APLICAÇÃO DE LEI EDITADA EM 2003, COM EFICÁCIA A CONTAR DE 2004, PARA FATOS GERADORES OCORRIDOS EM ANOS ANTERIORES – SITUAÇÃO ANALISADA COM BASE NOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E DA ANTERIORIDADE TRIBUTÁRIA – TERMO DE INSCRIÇÃO E CERTIDÃO DOS DÉBITOS DOS ANOS DE 2002 E 2003 QUE NÃO FAZEM MENÇÃO ÀQUELA NORMA (LEI COMPLEMENTAR N. 003/003) – INSURGÊNCIA EFETUADA PELAS PARTES DE FORMA GENÉRICA E SEM OBSERVAR OS DOCUMENTOS COLACIONADOS – DESNECESSIDADE DE MAIORES DIGRESSÕES SOBRE O TEMA – PEDIDO DE SUBSTITUIÇÃO DA CDA, TENDO EM VISTA O NOVO VALOR APURADO, COM BASE NO PERMISSIVO DO § 8º DO ART. 2º DA LEI N. 6.830/80 (LEI DE EXECUÇÃO FISCAL) – MENÇÃO EXPRESSA QUANTO AO LAPSO TEMPORAL PARA O CUMPRIMENTO DESTES DISPOSITIVO – ATO QUE DEVE SER EFETIVADO “ATÉ A DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA” – INOBSER-

VÂNCIA NA ESPÉCIE – ADEQUAÇÃO DEFICIENTE PELO ENTE PÚBLICO QUE SE LIMITOU A JUNTAR NOVA PLANILHA DE DÉBITO – CORREÇÃO NÃO EFETIVADA A TEMPO E MODO – HIPÓTESE QUE TIRA A LIQUIDEZ DO TÍTULO EM QUESTÃO – EXCLUSÃO DO VALOR CONSTANTE NA CDA N. 10731/2007 DA EXECUÇÃO FISCAL QUE A EMBASA – DECISÃO MONOCRÁTICA QUE GARANTIU A OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA MEDIANTE NOVO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO COM AS ADEQUAÇÕES NECESSÁRIAS – OMISSÃO DO ENTE PÚBLICO EM ATENDER À NORMA DE REGÊNCIA – COMANDO ACERTADO – ÔNUS DE SUCUMBÊNCIA – DISTRIBUIÇÃO PROPORCIONAL, COM A RESSALVA DE QUE O ENTE PÚBLICO É ISENTO DO PAGAMENTO DAS CUSTAS – MANUTENÇÃO – RECURSO E REMESSA DESPROVIDOS.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2009.065803-5, da comarca de Campos Novos (2ª Vara Cível), em que é apelante Município de Campos Novos, e apelada Campos Novos Energia S/A:

ACORDAM, em Quarta Câmara de Direito Público, por votação unânime, conhecer do recurso e da remessa necessária e negar-lhes provimento. Custas legais.

RELATÓRIO

Campos Novos Energia S.A. – ENERCAN ajuizou ação anulatória de débito fiscal contra o Município de Campos Novos, alegando, em suma, que: é concessionária de serviço público, atuante na produção de energia elétrica; o requerido, ao fiscalizar suas atividades, expediu quatro notificações fiscais (NF) de débitos de ISS; dentre estas, a autuada sob o número 004/2007, a qual está sendo questionada na presente demanda,

cujo valor é de R\$ 1.984.033,86 (um milhão, novecentos e oitenta e quatro mil, trinta e três reais e oitenta e seis centavos); este débito abrangia os exercícios de 2001-2002; 2003; 2004-2005; e 2006; recorreu, administrativamente, mas só foi reconhecida a decadência do débito de 2001; muitos dos serviços foram prestados em município diverso do requerido, porém registrados de forma unificada em sua contabilidade; solicitou aos municípios vizinhos a comprovação de que o imposto já fora recolhido a tempo e modo, contudo nem todos atenderam a solicitação feita; muitos dos lançamentos efetuados são insubsistentes; há decadência dos exercícios anteriores ao mês de maio de 2002; esse lapso não foi reconhecido pelo ente público, na esfera administrativa, ao argumento de que houve “dolo, fraude ou simulação (fl. 07), o que não restou comprovado; há nulidade no lançamento, pois inexistente a descrição dos serviços pelos quais está sendo responsabilizada, ainda mais em se tratando de débitos de terceiros, bem como pelo fato de não haver a indicação do subitem capaz de enquadrar a lista de serviços exigidos pela legislação municipal; ausente dispositivo legal que estabeleça, neste caso, que o pagamento deve ser assumido pelo substituto tributário, pois, faz-se necessário lei que especifique a abrangência desta responsabilização; é nítido o desrespeito aos comandos insertos no Decreto-lei n. 406/1968; na Lei Complementar n. 87/1996 e na Lei Complementar n. 116/2003, atinente à matéria; no âmbito municipal, o imposto possui previsibilidade na Lei Complementar n. 003/2003; existe desrespeito ao art. 142 do CTN, inviabilizando a defesa acerca da matéria tributável; a autuação deu-se apenas com base nos elementos descritos no balancete contábil, o que acaba por desconsiderar fatores imprescindíveis para a apuração do imposto; os atos administrativos devem ser motivados, mas este fato não foi observado pelo requerido; após janeiro de 2004 é que há incidência dos regramentos dados pelas Lei Complementar federal n. 116/2003 e Lei Complementar municipal n. 003/2003; o tributo em análise não incide sobre aquisição de materiais e bens, indenizações ou doações, atividades não previstas na lista de serviços, porém o requerido o está

cobrando, como demonstram as notas fiscais colacionadas aos autos; deve ser afastada a aplicação de penalidades, juros de mora e correção monetária, salientou, inclusive, que não há previsibilidade para a cobrança da Taxa Selic ao caso. Pugnou, por essa razão, pela concessão de tutela antecipada, para suspender a exigibilidade do crédito tributário e, ao final, para “anular o lançamento e desconstituir a Notificação Fiscal n. 004/2007” e julgar procedentes os pedidos iniciais (fls. 02/46).

Tutela antecipada deferida às fls. 246/252, porém condicionada ao depósito de 5% do valor que se está exigindo, devidamente atualizado, o que foi cumprido à fl. 258.

Citado (fl. 257v.), o Município de Campos Novos contestou o feito, momento em que rechaçou, pontualmente, as assertivas deduzidas na peça inicial, porém reconheceu a existência de erro no valor cobrado na notificação fiscal n. 004/2007, razão pela qual requereu a retificação parcial desta, para que o valor do débito nela constante restrinja-se ao montante de R\$ 716.922,74 (setecentos e dezesseis mil, novecentos e vinte e dois reais e setenta e quatro centavos), e não em R\$ 1.984.033,86 (um milhão, novecentos e oitenta e quatro mil, trinta e três reais e oitenta e seis centavos), inicialmente fixados. Requereu, por este motivo, a improcedência dos pedidos exordiais, a condenação da autora nas despesas processuais, e nas sanções por litigância de má-fé (fls. 264/287).

Impugnação à contestação às fls. 385/400.

Manifestação à réplica às fls. 1.130/1.148, com a juntada de documentos, sobre os quais a autora apresentou considerações às fls. 1.209/1.222.

O Ministério Público apontou a necessidade de ser regularizada a representação processual do Município requerido (fl. 1.234), o que foi acolhido pelo MM. Juiz, à fl. 1.234. Ato contínuo, designou audiência de conciliação, que restou inexitosa, consoante termo acostado à fl. 1.285.

Ao sentenciar o feito, o MM. Juiz singular proferiu a seguinte decisão:

“Pelo exposto, JULGO procedente, em parte procedente o pedido formulado por ENERCAM – Campos Novos Energia S/A contra o MUNICÍPIO DE CAMPOS NOVOS, através da ação n. 014.08.000054-5, para anular o lançamento e suspender definitivamente a exigibilidade do crédito tributário objeto da notificação fiscal n. 004/2007 (CDA n. 10731/2007) e da execução fiscal n. 014.08.000079-0, restando mantida a obrigação tributária, sem prejuízo de instauração de novo procedimento administrativo para correta apuração de débito, conforme a fundamentação, bem como da exclusão do valor reconhecido pela autora e depositado em juízo, confirmando a liminar de fls. 246/252”

“Em consequência, JULGO EXTINTA a ação n. 014.08.000054-5 e, levando em consideração que o débito inicialmente formado na execução fiscal (R\$ 1.995.481,67, fl. 02) foi reduzido voluntariamente pelo réu para R\$ 716.922,74 (fl. 235 da execução fiscal), e houve o reconhecimento de apenas R\$ 99.774,08 pela autora (consignação incidental), CONDENO a autora e o réu, à proporção de 05% e 95%, respectivamente, ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, os quais fixo em R\$ 10.000,00, levando em consideração o disposto no art. 20, § 4º, do CPC, assegurando a compensação, conforme súmula 306 do STJ. Isento de custas o Município”. (fls. 1.293/1.334).

Embargos de declaração opostos pelo Município de Campos Novos às fls 1.342/1.354, os quais foram rejeitados às fls. 1.358/1.360.

Irresignado com a decisão prolatada, o requerido interpôs recurso de apelação, para modificar o comando monocrático, alegando, em suma, que: o entendimento exarado pelo Magistrado é equivocado, tendo em vista que não há nulidade na certidão; esta Corte de Justiça já se manifestou pela possibilidade de substituição de CDA; inexistente irregularidade na lei que serviu de base à emissão dos débitos dos anos de 2002 e 2003, porquanto,

embora a Lei Complementar 03/2003 não estivesse ainda em vigor, estava em plena eficácia o Decreto-lei n. 406/1968 que previa a incidência de ISS à “prestação por empresa ou profissional autônomo” (fl. 1.373); não subsiste a alegação de que há a cobrança por serviços prestados em outras localidades; afirma ser descabida a remessa dos autos ao Ministério Público para averiguar a legalidade na contratação da assessoria jurídica prestada nestes autos, motivo pelo qual pugna para que o órgão ministerial também se manifeste quanto à infração tributária praticada pela autora. Requereu, por fim, o acolhimento do presente reclamo (fls. 1.363/1.380).

Contrarrazões acostadas às fls. 9.702/9.096.

Lavrou parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. José Galvani Alberton (fls. 9.661/9.663).

VOTO

Tratam os presentes autos de reexame necessário e de apelação cível interposta pelo Município de Campos Novos, contra decisão monocrática que acolheu parcialmente os pedidos formulados por Campos Novos Energia S.A., na ação anulatória de débito fiscal, e reconheceu a invalidade da CDA n. 10731/2007, porém manteve a obrigação tributária, mediante a instauração de novo procedimento para apuração do débito em questão.

No caso dos autos, o imposto cobrado é o ISS (Imposto sobre Serviço de Qualquer Natureza), que está relacionado com a prestação de um serviço, mais precisamente, a “construção do reservatório da usina hidrelétrica de Campos Novos” (fl. 1.302), encontrando previsibilidade na Constituição da República Federativa do Brasil, no art. 156, III, *in verbis*:

Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre:

[...]

III – serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, II, definidos em lei complementar.

“Portanto, o Município, em nosso País, é competente para tributar, por meio de ISS, os serviços de qualquer natureza (exceto os de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação) prestados em seu território.

“Esclarecemos que, em rigor, não são os serviços que vêm tributados por meio de ISS, mas as pessoas físicas ou jurídicas que, em caráter negocial, os prestam. Só por amor a brevidade dizemos que o tributo alcança serviços. Alcança, na verdade, as pessoas que, mediante contraprestação econômica, vêm a prestá-los. Ou, se preferimos, nascem do cumprimento de obrigações de fazer, isto é, do fato prestar serviços. Os serviços não passam do objeto, do aspecto material da hipótese de incidência deste tributo.” (CARRAZZA, Roque Antonio. Curso de Direito Constitucional Tributário, 26^a ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 1026).

O imposto em comento tinha previsibilidade, originalmente, nos art. 71 a 73 do Código Tributário Nacional, os quais foram revogados pelo Decreto-lei n. 406/68, que veio a ser modificado pela Lei Complementar n. 116/2003, alterando consideravelmente os ditames relacionados com esse tributo.

In casu, o Município de Campos Novos apelou a esta Corte de Justiça com o intuito de modificar o comando monocrático, trazendo, para tanto, o posicionamento desta Câmara em outro julgado, no qual a apelada também era parte, e discorrendo, basicamente, sobre a ausência de irregularidade quanto à lei aplicada para a constituição do crédito tributário e à possibilidade de substituição da CDA, proveniente da notificação fiscal n. 004/2007.

A certidão de dívida ativa é um título executivo extrajudicial (art. 585, VII, do CPC) e deve apresentar os mesmos requisitos deste, no caso, certeza, liquidez e exigibilidade, a qual é emitida pelo ente público com o intuito de satisfazer o crédito tributário inadimplido, o que ocorre “quan-

do o Estado verifica que no momento previsto para o recolhimento de determinado tributo, este deixou de ser pago, ou fora pago em montante inferior ao realmente devido, o ente público deve estar preparado para buscar a satisfação do seu crédito, tudo isso em benefício dos objetivos públicos do próprio objeto.

“Essa busca por montantes inadimplidos se dá por meio da execução fiscal. Para valer-se dessa via, deve o Estado estar de posse da certidão de dívida ativa, que, em última análise, exterioriza o controle administrativo de legalidade” (VASCONCELOS ALVES, Romulo Eugênio de. Execução Fiscal e Objeção de Executividade. São Paulo: IOB Thomson, 2005, p. 45/45).

O § 6º do art. 2º da Lei de Execução Fiscal (n. 6.830/80) estabelece que:

A certidão de dívida ativa conterá os mesmos elementos do Termo de Inscrição e será autenticada pela autoridade competente (grifou-se).

Por sua vez, o § 5º do mesmo artigo elenca os requisitos que devem embasar referido documento, a saber:

O Termo de Inscrição de Dívida Ativa deverá conter:

I – o nome do devedor, dos co-responsáveis e, sempre que conhecido, o domicílio ou residência de um e de outros;

II – o valor originário da dívida bem como o termo inicial e a forma de calcular os juros de mora e demais encargos previstos em lei ou contrato;

III – a origem, a natureza e o fundamento legal ou contratual da dívida;

IV – a indicação, se for o caso, de estar a dívida sujeita à atualização monetária, bem como o respectivo fundamento legal e o termo inicial para o cálculo;

V – a data e o número da inscrição, no Registro de Dívida Ativa; e

VI – o número do processo administrativo ou do auto de infração, se neles estiver apurado o valor da dívida.

Na mesma esteira, é o que dispõe o *caput* e os incisos do art. 202 do Código Tributário Nacional, sendo que esses elementos devem ser observados sob pena de nulidade da inscrição, consoante previsibilidade do art. 203 deste código, *in verbis*:

A omissão de quaisquer dos requisitos previstos no artigo anterior ou o erro a eles relativo são causas de nulidade da inscrição e do processo de cobrança dela decorrente, mas a nulidade poderá ser sanada, **até decisão de primeira instância, mediante substituição da certidão nula**, devolvido ao sujeito passivo, acusado ou interessado, o prazo para defesa, que somente poderá versar sobre a parte modificada. (grifou-se).

No caso dos autos, a decisão singular acolheu parcialmente o pedido inicial ao argumento de que a CDA n. 10731/2007 é ilíquida, tendo em vista que não respeitou os preceitos normativos incidentes à espécie, o que deve ser mantido.

O Município de Campos Novos, ora apelante, traz, em suas razões recursais, insisto, o posicionamento adotado em outro julgado desta Casa, que possui relação com a mesma obra, construção de usina hidrelétrica, porém o imposto em comento teve incidência em município diverso, na hipótese, Celso Ramos, no qual foi mantida a higidez das CDA's que eram objeto daquela ação anulatória, autuada nesta Corte de Justiça sob o n. 2008.054534-0.

Não obstante o posicionamento assentado naquele julgado, é necessário observar a peculiaridade que reveste cada caso, porquanto a certidão discutida naquele processo, apesar de versar também sobre ISS, abrange serviços prestados em município diverso ao do apelante e, via de consequência, emitido por ente público distinto.

A propósito, saliento que, ao longo dos 47 (quarenta e sete) volumes que instruem a presente ação anulatória, abrangendo, até o momento, 9.664 (nove mil, seiscentas e sessenta e quatro) páginas, não consegui encontrar cópia da CDA n. 10731/2007, no curso da instrução processual, a qual só foi juntada aos autos em sede de contrarrazões à fl. 9.147 - vol. 45, contudo havia cópia do Termo de Inscrição de Dívida Ativa (fls. 6.590/6.591 – vol. 32) e do processo administrativo (fls. 2.244/2.438 – vol.11; vol. 12; vol. 13; vol. 14; vol. 15; vol. 16; vol. 17; vol. 18; vol. 19; vol. 20; vol. 21; vol. 22; vol. 23; vol. 24; vol. 25; vol. 26; vol. 27; vol. 28; vol. 29; fls. 6.062/6.237 – vol. 30), que dão suporte ao exame do pedido formulado nesta demanda, tendo em vista que a referida certidão deve conter o mesmo teor daquele termo, consoante previsibilidade do § 6º do art. 2º da Lei de Execução Fiscal, anteriormente citado.

Com efeito, foram juntados aos autos diversas cópias de documentos com o intuito de demonstrar, dentre outras coisas, os casos em que não há a incidência do ISS, o que foi devidamente analisado pelo Magistrado singular, que buscou, por amostragem, detalhar quais os serviços que estão relacionados na lei de regência e que se submetem àquela exação.

Não bastasse isso, o próprio apelante reconheceu, no curso da demanda, que o valor que estava sendo cobrado não abarcava, efetivamente, o débito tributário da apelada, basicamente por dois motivos: a) o serviço prestado não estava no rol daqueles sujeitos à cobrança deste imposto; e/ou b) pelo fato de o serviço ter sido prestado em outro município e em favor deste deveria ter sido revertido o imposto em questão, veja-se:

[...] frente à aceitação por parte da Fazenda Pública Municipal de Campos Novos em retificar parcialmente a Certidão de Dívida Ativa, no tocante a notificação fiscal 004/07, quanto aos lançamentos que não sofrem a incidência do tributo ora discutido, lançamentos estes que foram comprovados somente nessa fase judicial, por inércia da autora/contribuinte, conforme demonstrado através desta contestação e planilha em anexo,

sendo corrigida a CDA referente a essa notificação fiscal 004/07, nos autos de execução fiscal de n. 014.08.000079-0, COM REDAÇÃO DO § 8º DO ART. 2º DA LEI 6830/80 (destaques no original, fl. 286 – vol. 2).

Em que pesem essas considerações, o fato de o ente municipal ter reconhecido a ocorrência de erro na cobrança do débito, tornam-se desnecessárias maiores considerações quanto a esta questão, porque, nestes autos, foram colacionados inúmeros documentos como, p. ex., notas fiscais, contrato de prestação de serviços, planilhas de cálculos, etc, os quais não comportam exame minucioso nesta Corte de Justiça, pois deveria ter sido feito pela administração em processo próprio.

Registro que, muito embora tenha havido a instauração de procedimento administrativo (processo n. NF 002/07 – assunto: notificação fiscal n. 004/07), nesta oportunidade foi decidido apenas pela “redução da multa de 80% para 50%, mantendo-se a notificação fiscal nos demais termos” (fl. 6.185 – vol. 30). E, mesmo tendo a apelada recorrido, nesta esfera (fls. 6.186/6.214 – vol. 30), o ente público limitou-se a “excluir da base de cálculo o período do ano de 2001, mantendo-se a decisão recorrida nos demais termos” (fl. 6.236 – vol. 30).

Todavia, competia à autoridade responsável pela cobrança deste tributo fazer as averiguações necessárias, o que, segundo alega, não pôde ser feito adequadamente por ausência de elementos, os quais afirma que a apelada só trouxe em juízo, o que, a meu ver, não supri o erro na emissão da notificação em comento, pois poderia este ter requisitado o que fosse necessário para elucidar os fatos.

A propósito, a decisão monocrática, que bem analisou esta questão, trouxe, por amostragem, aspectos sobre o tema em debate, demonstrando os equívocos no débito tributário cobrado, veja-se:

“Oportuno ressaltar a inconveniência da realização de perícia para identificação das inúmeras operações que basearam o procedimento fiscal e seu enquadramento nas hipóteses de incidência do imposto previstas na legislação e seu anexo, assim como a desnecessidade de referida providência, o que não implica em cerceamento de defesa. É que somente a cobrança indevida em relação a algumas operações compromete a liquidez da CDA como um todo, sendo a incumbência da autoridade fiscal a instauração de novo procedimento administrativo para adequação da exação, objetivando assegurar a defesa ao contribuinte, particularizada em relação às operações que fundamentam a incidência do tributo. Destarte, a análise será realizada por amostragem.

“Através dos documentos de fls. 291 e seguintes nota-se que as prestadoras de serviço, em sua grande maioria, tem domicílio fora do Município de Campos Novos. Contudo, persiste a dúvida sobre o local da efetiva prestação do serviço, ponto crucial da controvérsia.

“O próprio requerido admitiu na contestação a não incidência do imposto em diversas operações. Além disso, atribuiu à autora a falta de documentos para o esclarecimento da incidência tributária. Assim, no item 03 de fl. 278 da contestação o requerido admite a falta de documentos para definição do monitoramento climatológico, por exemplo. Presume-se daí a incerteza da municipalidade quanto ao local da prestação dos serviços desta natureza e tantos outros. E, se não havia certeza, não era o caso de tributação.

“Exemplos por amostragem de que certos serviços não foram prestados no município de Campos Novos, e mesmo assim insiste na cobrança do tributo: 1) construção das edificações e bases da estação sismológica de Barracão/RS, data 30/01/2004 (fl. 258 ex. fiscal), consta o local da prestação do serviço como a sede da usina, mas conforme nota fiscal n. 335, da mesma data, a obra foi realizada em Barracão/RS (doc. 15 anexo à inicial arquivado em cartório); 2) serviço de monitoramento climatológico, 16/02/2004 (item 59 de fl. 463), não há certeza sobre o local da prestação do serviço, salientando a autora que

foi realizado em outro município, conforme nota fiscal 2092 do doc 15 arquivado em cartório, inobstante afastada a alegação de imunidade, conforme art. 9º, II, da LC 03/03. É possível a prestação do serviço à distância, mas a comprovação do contrário incumbe à municipalidade; além deste, diversos outros serviços semelhantes foram prestados, objetos de variadas notas fiscais e lançamentos na planilha; 3) prestação de serviço de engenharia e consultoria, em 19/01/2005 (itens 8 e 9 de fl. 1173), ausência de comprovação do local da prestação, que pode não ser a sede da usina, mas o domicílio do prestador, notando-se as notas fiscais n. 23 e 228 do documento 15; 4) adequação do projeto geotécnico de 04/07/2006 (fl. 1196), falta de comprovação do serviço no Município de Campos Novos, nota fiscal n. 879, há a possibilidade de que o projeto tenha sido realizado na sede do prestador, em Florianópolis.” (fls. 1.308/1.309 – vol. 6).

É cediço que compete ao fisco, em um sentido lato, instituir o tributo devido pelo contribuinte, desde que respeitados os limites ao poder de tributar impostos pela Constituição da República Federativa do Brasil, bem como pela legislação infraconstitucional, sob pena de se violar direitos individuais.

Para a cobrança do ISS, imposto de competência constitucional do município (art. 156, inciso III, da CRFB), deve o fisco verificar qual o serviço prestado e se este está no rol contemplado pela lista anexa às Leis Complementares federal e municipal, vigentes ao tempo da ocorrência do fato gerador, e se restou configurado dentro do seu território, o que não foi bem observado pelo apelante, tendo o Togado singular levantando alguns exemplos, anteriormente citados, que vieram a corroborar com essa assertiva.

Quanto ao reconhecimento do erro na cobrança da dívida não merece maiores digressões, uma vez que, repiso, o apelante ratificou essa situação ao reduzir o valor do débito, que originariamente alcançava o montante

de R\$ 1.984.033,86 (um milhão, novecentos e oitenta e quatro mil, trinta e três reais e oitenta e seis centavos), para R\$ 716.922,74 (setecentos e dezesseis mil, novecentos e vinte e dois reais e setenta e quatro centavos) (fl. 286 – vol. 2).

Superada esta questão de erro na constituição do crédito tributário, pois o apelante incidiu ISS sobre serviços que não cabem essa cobrança ou que foram prestados fora da sua competência tributária, passa-se ao exame da legislação incidente à espécie.

Afirma o apelante, em suas razões recursais, que inexistente erro na norma aplicada ao caso, porque apesar de a Lei Complementar municipal n. 003/03 não estar em vigência para os fatos geradores que ocorreram antes da sua edição, “a incidência do ISS já estava definida no artigo 8º do Decreto-lei 406/68, correspondendo à prestação por empresa ou profissional autônomo, com ou sem estabelecimento fixo, serviço constante da lista anexa” (fl. 1.373 – vol. 6).

Sabe-se que o poder de tributar encontra limites na lei correspondente, devendo a ela subsumir-se, sob pena de ser ilegal a cobrança da dívida.

Essa matéria está atrelada a diversos princípios, sempre com o intuito de respeitar o comando inserto na Carta Maior, os quais, por seu teor, devem servir de norte para o fisco, cuja finalidade é não desprezitar as garantias constitucionais dos contribuintes. Dentre estes, está o princípio da legalidade, que vem a revelar-se como garantia fundamental, com previsibilidade expressa no art. 150, I, da CRFB, *in verbis*:

Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I – exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça; [...]

Comentando este artigo, o doutrinador Leandro Paulsen, valendo-se das palavras de Hamilton Dias de Souza, explica que:

De todos os princípios constitucionais erigidos como garantia fundamental do contribuinte o mais importante é o da legalidade da tributação, previsto no art. 150, I. Resulta de velha tradição do constitucionalismo segundo a qual o tributo não pode ser instituído sem autorização do povo através de seus representantes, de tal sorte que só a lei ordinária emanada do nível de governo competente pode criar tributo (*in* Comentários ao Código Tributário Nacional, vol. I, coord. Ives Granda Da Silva Matins. Saraiva, 1998, p. 8) (*in* Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência, 12ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 160/161).

Inobstante isto, a cobrança do tributo deve ter por base lei vigente, ou seja, o embasamento legal só pode ser efetuado por meio de norma que já esteja em plena eficácia ao tempo do fato gerador, consoante dicção da alínea a do inciso III do art. 150 da CRFB, veja-se:

III – cobrar tributos:

a) em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado;

O dispositivo citado tem por primazia o respeito ao princípio da irretroatividade da norma tributária, o que vem assegurar ao contribuinte de “atos, fatos ou situações passados relativamente aos quais já suportou ou suportará os ônus tributários estabelecidos ou que não ensejaram imposições tributárias pelas leis vigentes à época que eram do seu conhecimento. A irretroatividade da lei tributária vem preservar o passado da atribuição de novos efeitos tributários, reforçando a própria garantia da legalidade, porquanto resulta na exigência de lei prévia, evidenciando-se como instrumento da segurança jurídica ao prover uma maior certeza do direito” (ob. cit. p. 192), ou seja, ressalvadas as exceções legais, este princípio “garante que o contribuinte só estará sujeito, no que diz respeito à instituição e majoração de tributos, às leis publicadas até 31 de dezembro do ano anterior.” (ob. cit. p. 200).

Na hipótese em apreço, o Magistrado singular reconheceu que o apelante aplicou, para os fatos geradores ocorridos nos anos de 2002 e

2003, a Lei Complementar municipal n. 003/03 que só entrou em vigor no exercício financeiro de 2004, o que não poderia ser aceito no âmbito desta matéria. Contudo, nas razões recursais, o Município de Campos Novos limitou-se a afirmar genericamente que, apesar deste fato, ainda estaria em vigor o Decreto-lei n. 406/68, fato que, por si só, tornaria legítima a cobrança do ISS nestes anos.

Do compulsar dos autos, verifico que há ajustes a serem feitos, quanto a este tópico.

Primeiramente, como já mencionado em linhas anteriores, a CDA conterà os mesmos requisitos do termo de inscrição de dívida ativa, o qual repousa nestes autos às fls. 6.592/6.591 - vol. 32, do qual se extrai os seguintes pontos:

I – FUNDAMENTAÇÃO LEGAL: ANO 2002.

Lei Municipal n. 2.387/97 de 22 de dezembro de 1997 – Código Tributário do Município.

Lei Federal n. 5.172, de 25 de outubro de 1966, alterada pela Lei Complementar n. 118 de 09.02.2005 – Sistema Tributário Nacional.

Lei n. 2.658/01 de 27 de julho de 2001 – Termo de Convênio

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA: Art. 121, Parágrafo Único Inciso II e Art. 128 da Lei n. 5.172; Art. 202, Parágrafo Único, Art. 203, Incisos e Parágrafo, Art. 204, Parágrafo Único e Art. 205, Incisos I e VI da Lei n. 2.387/87.

CÁLCULO DO ISSQN: Art. 206, Parágrafo Único da Lei 2.387/97, combinado com a Lei n. 2.658/01

ATUALIZAÇÃO DO ISSQN PELA SELIC: Art. 144 da Lei 2.387/97

MULTA: art. 137, Parágrafo Único e Art. 138 Inciso I da Lei 2.387/97

DÍVIDA ATIVA: Art. 202, Incisos e Parágrafo Único da Lei n. 5.172, Art. 51, Parágrafos e Art. 52 Incisos e Parágrafos da Lei n. 2.387/97.

II - FUNDAMENTAÇÃO LEGAL: ANO 2003.

Lei Municipal n. 2.387/97 de 22 de dezembro de 1997 – Código Tributário do Município.

Lei Complementar Municipal n. 001/002 de 03 de dezembro de 2003

Lei Federal n. 5.172, de 25 de outubro de 1966, alterada pela Lei Complementar n. 118 de 09.02.2005 – Sistema Tributário Nacional.

Lei n. 2.658/01 de 27 de julho de 2001 – Termo de Convênio

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA: Art. 121, Parágrafo Único Inciso II e Art. 128 da Lei n. 5.172; Art. 43, Parágrafos e Incisos, Art. 281, Incisos e Parágrafos, Art. 282, Parágrafo Único, Art. 284, Parágrafos e Incisos, Art. 286 Inciso I e VII da Lei Complementar n. 001/2002.

CÁLCULO DO ISSQN: Art. 287, Art. 288 e Art. 299 Inciso I Letras “a”, ‘b’ da Lei Complementar n. 001/02, combinado com a Lei n. 2.658/01

ATUALIZAÇÃO DO ISSQN PELA SELIC: Art. 218 e Art. 425 da Lei Complementar 001/02

MULTA: art. 137, Parágrafo Único e Art. 138 Inciso I da Lei 2.387/97

DÍVIDA ATIVA: Art. 202, Incisos e Parágrafo Único da Lei n. 5.172, Art. 123, Parágrafo Único e Art. 124 Incisos e Parágrafo da Lei Complementar n. 001/02.

Da leitura dos fundamentos legais constantes do referido termo, que foram repisados na CDA n. 10731/07 (fl. 9.171 – vol. 45), observa-se que não foi aplicada a Lei Complementar n. 003/03 para o caso *sub examine*, apesar de o apelante, em suas razões, questionar este fato genericamente.

Deste modo, em que pesem os diversos argumentos suscitados, quanto à aplicabilidade do princípio da legalidade tributária e outras questões relacionadas com esse tema, entendo que maiores considerações não se fazem necessárias, pois não há, nos documentos constantes nos autos, menção expressa de utilização da lei de 2003 para os fatos geradores ocorridos no ano de 2002 e 2003, a contrário senso, denota-se, tanto no termo de inscrição de dívida ativa quanto na certidão analisada, que esta norma só foi aplicada para os exercícios dos anos de 2004/2005/2006, o que vem a rechaçar a questão discutida.

Não se está avaliando, pontualmente, a aplicabilidade de cada norma e o seu teor ao caso concreto, pelo próprio desdobramento que terá o feito, apenas se está a reconhecer que a Lei Complementar n. 003/03, por vezes questionada, não foi aplicada aos fatos geradores ocorridos nos anos de 2002 e 2003, pelo menos, isso é o que se abstrai dos documentos que firmam o débito tributário e que foram reproduzidos anteriormente.

Em ato contínuo, a discussão abrange a possibilidade ou não de substituição da certidão de dívida ativa.

A Lei de Execução Fiscal (n. 6.830/80) é clara, pois não deixa margem para dúvidas quanto a sua aplicabilidade, veja-se:

Art. 2º Constitui Dívida Ativa da Fazenda Pública aquela definida como tributária ou não tributária na Lei n. 4.320, de 17 de março de 1964, com as alterações posteriores, que estatui normas gerais de direito financeiro para a elaboração e o controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal.

[...]

§ 8º Até a decisão de primeira instância, a Certidão de Dívida Ativa poderá ser emendada ou substituída, assegurada ao executado a devolução do prazo para embargos. (sem grifo no original).

Diante do teor desta norma, faz-se necessário salientar o ponto principal a ser questionado, no caso, o fato de o artigo permitir a substituição tão somente “até a decisão de primeira instância”.

O MM. Juiz *a quo*, referente a este aspecto, decidiu o feito com base no seguinte argumento:

Insiste-se que no caso dos autos foi apresentada nova planilha relativa às hipóteses de incidência e o seu enquadramento à legislação, mas mesmo assim existem casos em que não é devido o tributo, conforme mencionado anteriormente, o que implica em vício de procedimento administrativo fiscal. **Outrossim, não se negou a possibilidade de substituição da CDA, mas tal procedimento voluntário não foi adequadamente cumprido pelo réu.** (grifou-se) (fl. 1.3331 – vol. 6).

A toda evidência, a sentença foi clara quanto à afirmação de que não se estava negando o direito de substituição da CDA, mas apenas que o ente municipal não promoveu adequadamente a correção, deixando de exercer a tempo e modo um direito que a lei de regência confere.

Todavia, ressalto que o comando dado na lei, quanto ao termo que deve ser respeitado pelo fisco, encontra ponderações, pois, “diferentemente dos demais títulos executivos, a certidão de dívida ativa poderá ser emendada ou substituída pelo exequente enquanto não for proferida a decisão de primeira instância (§ 8º do art. 2º da Lei 6.830, de 1980), assim entendida a sentença que julga os embargos do executado ou a que extingue o processo de execução (por exemplo, quando o juiz conhece de ofício ou provocado por exceção de pré executividade, matéria relacionada com pressupostos processuais ou condições da ação ou mesmo com a nulidade do título) (Teori Albino Zavascki, Título Executivo e Liquidação. Ed. RT, 1999, p. 129).” (PAULSEN, Leandro, et al. Direito Processual Tributário – Processo Administrativo Fiscal e Execução Fiscal à luz da Doutrina e da Jurisprudência. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007, p. 208).

Analisando a presente ação anulatória observa-se que a apelada opôs exceção de pré-executividade à execução fiscal n. 014.08.000079-0, a qual foi rejeitada pelo Magistrado singular (fls. 9.552/9.560 – vol. 47), cuja decisão foi objeto de agravo de instrumento, autuado sob o n. 2009.047038-3, ao qual foi dado provimento parcial, apenas para excluir a condenação em honorários advocatícios, mantendo-se o teor do comando singular quanto ao mérito.

O pedido de retificação da CDA foi objeto desta exceção de pré-executividade (fl. 9.342 – vol. 46), da qual a CDA 10731/07 é parte integrante, porém este ato não foi perfectibilizado pelo apelante, que deixou de juntar aos autos nova certidão, o que retira a higidez deste título.

Ademais, destaco que a sentença que inacolheu o pedido formulado na exceção foi publicada em 04/08/2009, consoante certidão de fl. 9.561 – vol. 47, ou seja, apesar de ter sido posterior à decisão dada na presente ação anulatória (06/04/2009, fl. 1.335 - vol. 6), não retira a aplicabilidade do § 8º do art. 2º da Lei n. 6.380/80, pois não há notícia de que neste período o Município tenha efetuado as devidas correções, substituindo a certidão *sub judice*, o que vem a ser corroborado pela reiteração do pedido do apelante em substituir a CDA no requerimento final formulado no apelo (fl. 1.380 – vol. 6).

Sobre o tema, já se manifestou esta Corte de Justiça:

EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. CDA. AUSÊNCIA DE REQUISITOS ESSENCIAIS. INÉRCIA DA FAZENDA PÚBLICA NA EMENDA OU SUBSTITUIÇÃO DO TÍTULO. PRECLUSÃO. EXTINÇÃO DO FEITO. REMESSA IMPROVIDA (RN n. 2008.017903-1, de Ituporanga, rel. César Abreu, julgado em 25/09/2009).

Na mesma linha, é o posicionamento do STJ:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL – POSSIBILIDADE DE

SUBSTITUIÇÃO DA CDA ATÉ A PROLAÇÃO DA SENTENÇA – NULIDADE CONHECIDA PELO TRIBUNAL – IMPOSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DE PRAZO PARA SUBSTITUIÇÃO OU EMENDA DA CDA NESTA FASE – É NULA A CDA QUANDO NÃO ESPECIFICA O VEÍCULO E OS EXERCÍCIOS DO IPVA COBRADO

1. O art. 2º, § 8º, da Lei n. 6.830/80 – Lei de Execuções Fiscais prevê a possibilidade de substituição ou emenda da CDA até a prolação da sentença. Incabível, portanto, concessão de prazo para a Fazenda substituir ou emendar a CDA quando conhecida a nulidade pelo Tribunal de origem.
2. Com o provimento do agravo regimental, necessária a análise do recurso especial no que concerne aos pontos não decididos na decisão monocrática.
3. Correto acórdão recorrido que entende que a CDA deve especificar os dados, inclusive o veículo e os exercícios cobrados, para a o exercício do contraditório, sob pena de nulidade. Precedentes. Agravo regimental provido para negar provimento ao recurso especial (AgRg no Resp 946617/RS, rel. Min. Humberto Martins, julgado em 04/08/2009).

Assim, na linha de precedentes citados, tem-se que o apelante não efetuou a substituição da CDA adequadamente, limitando-se a pedir a concessão que é conferida pelo § 8º, já citado, porém, insisto, permaneceu inerte quanto a este aspecto, o que demonstra a impossibilidade de reconhecimento deste pedido no atual momento processual.

Ademais, o Magistrado singular, reconhecendo a omissão do apelante, manteve a obrigação tributária, com a ressalva de ser necessária a instauração de novo procedimento administrativo para apurar corretamente o débito, com o intuito de evitar os problemas ora discutidos.

Essa medida faz-se necessária para que o apelado possa apresentar a defesa adequada ao caso, e o apelante buscar o adimplemento do crédito dentro dos limites impostos pela lei de regência.

Desta forma, vez-se que a CDA n. 10731/2007, proveniente da notificação fiscal n. 004/2007, não apresenta os requisitos necessários para a instrução de executivo fiscal, porquanto falta-lhe liquidez, pois o valor cobrado inicialmente já foi reconhecido como indevido pelo ente público, tanto que promoveu a redução do *quantum debeat* voluntariamente, porém limitou-se a isso, deixando de substituir a certidão como determina a lei de regência, motivo pelo qual a decisão de primeiro grau não merece reparo ao reconhecer a nulidade dessa e obstar a sua execução.

Quanto aos ônus de sucumbência, acertada está a sentença que condenou as partes reciprocamente e de forma proporcional ao pagamento destas despesas, ficando os honorários advocatícios arbitrados em R\$ 10.0000,00 (dez mil reais). Contudo, saliento que o ente público é isento do pagamento das custas processuais.

Por fim, faço uma ressalva acerca das afirmações feitas pela apelada, em sede contrarrazões (vol. 45), acerca da impossibilidade de conhecimento do recurso de apelação, por ausência dos requisitos legais, e a necessidade de comunicação ao Ministério Público para apuração de crime de evasão fiscal.

Sobre essas questões, entendo que não merecem guarida, porque o recurso interposto preencheu os requisitos dos arts. 513 a 521 do CPC, os quais não obstatam que o apelante utilize-se de fundamentos de sentença e de julgados para embasar as suas razões.

De igual forma, o pedido relacionado com o crime de evasão fiscal (fl. 9.081 – vol. 45), prevista na Lei dos Crimes contra a Ordem Tributária, Econômica e Contra as Relações de Consumo (Lei nº 8.137/90), não há o que ser reconhecido, tendo em vista que este delito configura-se, em regra, pela redução ou ocultação de informações feita pelo contribuinte contra a autoridade fazendária, o que, via de consequência, demonstra a impossibilidade de se imputar um delito àquele que não pode ser o sujeito

ativo, razão pela qual não prosperam essas assertivas, pois insubsistentes quanto ao seu conteúdo.

No mesmo sentido, o pedido efetuado pelo apelante de remessa dos autos ao Ministério Público para a apuração de crime contra ordem tributária, pois além de vir desprovido de qualquer fundamento legal, não encontra guarida pelo fato de a própria Procuradoria de Justiça, na pessoa do Dr. José Galvani Alberton, ter afirmado a desnecessidade de sua intervenção no feito, o que leva a concluir, pelos documentos colacionados nos autos, não haver indício delituoso a ensejar a sua manifestação.

Tecidas essas considerações, voto pelo desprovimento do recurso interposto.

DECISÃO

Ante o exposto, a Quarta Câmara de Direito Público, por votação unânime, conheceu do recurso e da remessa necessária e negou-lhes provimento.

O julgamento, realizado no dia 14 de outubro de 2010, foi presidido pelo Excelentíssimo Desembargador Cláudio Barreto Dutra, sem voto, e dele participaram, com votos, além do Relator, os Excelentíssimos Desembargadores Jaime Ramos e Rodrigo Collaço.

Florianópolis, 21 de outubro de 2010.

José Volpato de Souza
RELATOR

PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL

APELAÇÕES CRIMINAIS

Apelação Criminal n. 2010.022295-1, de Maravilha

Relatora: Desa. Marli Mosimann Vargas

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL COMETIDO ANTERIORMENTE À VIGÊNCIA DA LEI N. 12.015/09. TENTATIVA DE ESTUPRO. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. ART. 213 C/C 224, “A”, E 14, II, TODOS DO CÓDIGO PENAL E ART. 9º DA LEI N. 8.072/90. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA.

NULIDADE DA SENTENÇA. ALEGADA CONTRARIEDADE À PROVA DOS AUTOS; AUSÊNCIA DE CORRELAÇÃO ENTRE A IMPUTAÇÃO E O R. *DECISUM* E OFENSA AO PRINCÍPIO DO *INDUBIO PRO REO*. TESES QUE SE CONFUNDEM COM O *MERITUM CAUSAE*. PRELIMINARES REJEITADAS.

ABSOLVIÇÃO. INVIABILIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA AMPLAMENTE DEMONSTRADAS. HÍMEN COMPLACENTE CONSTATADO POR LAUDO PERICIAL. VIOLÊNCIA PRESUMIDA INCONTESTE. PALAVRAS FIRMES E COERENTES DA VÍTIMA, CORROBORADAS PELOS DEMAIS DEPOIMENTOS E CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS. ÁLIBI ARGUIDO E NÃO COMPROVADO. CONTEXTO PROBATÓRIO SUFICIENTE PARA EMBASAR A CONDENAÇÃO.

AFASTAMENTO DO CARÁTER HEDIONDO DO DELITO PELO FATO DE TER SIDO COMETIDO MEDIANTE VIOLÊNCIA PRESUMIDA. IMPOSSIBILIDADE. CRIME CONSI-

DERADO HEDIONDO EM QUALQUER DE SUAS FORMAS. ART. 1º, V E VI, DA LEI N. 8.072/90.

DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO PARA CONTRAVENÇÃO PENAL DE IMPORTUNAÇÃO OFENSIVA AO PUDOR (ART. 61 DO DECRETO-LEI N. 3.688/41). INVIABILIDADE. ATO PRATICADO LONGE DA VISÃO DE TESTEMUNHAS E PARA SATISFAÇÃO DA LASCÍVIA DO AGENTE. TENTATIVA DE ESTUPRO DEVIDAMENTE CARACTERIZADA.

REDUÇÃO DA PENA. AFASTAMENTO DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO PREVISTA NO ART. 9º, DA LEI N. 8.072/90. ACOLHIMENTO. QUESTÃO CONTROVERSA RESOLVIDA PELO ADVENTO DA LEI N. 12.015/2009, QUE REVOGOU A MAJORANTE. *NOVATIO LEGIS IN MELLIUS*. RETROATIVIDADE DA NORMA MAIS BENÉFICA (ART. 5º, XL DA CF E ART. 2º, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CP).

FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL MAIS BRANDO. NÃO CABIMENTO. PRÁTICA DE CRIME HEDIONDO. REGIME INICIAL FECHADO CORRETAMENTE APLICADO.

ISENÇÃO DE CUSTAS PROCESSUAIS. MATÉRIA AFETA AO JUÍZO DE EXECUÇÃO. PEDIDO NÃO CONHECIDO.

RECURSO CONHECIDO EM PARTE E PROVIDO EM PARTE.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2010.022295-1, da Vara Única da Comarca de Maravilha, em que é apelante Carlos Alberto Berger e apelado Ministério Público do Estado de Santa Catarina:

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, conhecer do recurso em parte, rejeitar as preliminares e, no mérito, dar-

-lhe provimento parcial, tão somente para excluir do cômputo da pena a majorante descrita no art. 9º da Lei n. 8.078/90. Custas legais.

RELATÓRIO

O representante do Ministério Público da Vara Única da Comarca de Maravilha/SC ofereceu denúncia contra Carlos Alberto Berger pela prática dos delitos definidos no art. 213 c/c art. 224, “a”, ambos do Código Penal e art. 9º da Lei n. 8.072/90 (por seis vezes); bem como no art. 213 c/c arts. 224, “a” e 14, II, todos do Código Penal e art. 9º da Lei n. 8.072/90 (uma vez), assim descritos na inicial acusatória (fls. 2-3):

No ano de 2000, em data e local a serem apurados durante a instrução processual, o acusado Carlos Alberto Berger, por seis vezes, mediante violência presumida, constrangeu a vítima C. P., então com 11 anos de idade, a com ele praticar conjunção carnal, sempre pagando certa quantia à vítima.

Além disso, no dia 1.1.2001, na parte da manhã, o acusado após beijar a vítima C. P. no interior da garagem da prefeitura, levou-a para sua casa (casa do acusado) e lá, mediante violência presumida face à idade da vítima, tentou com ela manter conjunção carnal, sendo que chegou a ficar somente de cueca, bem como tirou a calça da vítima, sendo que o ato só não se consumou porque a vítima ameaçou gritar pedindo ajuda.

Encerrada a instrução, o magistrado julgou parcialmente procedente a denúncia e, em consequência, condenou o acusado ao cumprimento da pena privativa de liberdade de 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial fechado (Lei n. 8.072/90, art. 1º, V, em combinação com o art. 2º, § 1º), e art. 9º da Lei n. 8.072/90 (fls. 162-165-v).

Inconformada, a defesa interpôs recurso de apelação (fls. 169-193).

Preliminarmente, arguiu a nulidade da sentença condenatória, por ser ela contrária à prova dos autos; por não haver correlação entre a imputação e o r. *decisum* e por ferir o princípio do *in dubio pro reo*.

Quanto ao mérito, pugnou pela absolvição do réu por restar comprovada sua inocência ou por insuficiência de provas. Subsidiariamente, buscou a desclassificação do crime de estupro para a contravenção de importunação ofensiva ao pudor prevista no art. 61 da Lei de Contravenções Penais. Caso mantida a condenação, requereu seja reduzida a pena que lhe foi imposta, afastando-se o caráter hediondo do delito, assim como aplicado regime prisional mais brando.

Por fim, pleiteou a isenção do pagamento das despesas processuais, por não ter condições de arcar com tal ônus.

Em contrarrazões, requereu o Ministério Público o conhecimento e desprovimento do recurso interposto, mantendo-se íntegra, por conseguinte, a sentença condenatória (fls. 208-218).

Ascenderam os autos e, nesta instância, manifestou-se a douta Procuradoria-Geral de Justiça, por intermédio do Dr. Carlos Henrique Fernandes, pelo conhecimento e provimento do apelo, a fim de que o réu seja absolvido das imputações constantes na denúncia. Caso mantida a condenação, opinou pelo desprovimento das teses alternativas.

Vieram os autos conclusos.

É o relatório necessário.

VOTO

Trata-se de apelação criminal interposta por Carlos Alberto Berger contra sentença que o condenou ao cumprimento da pena privativa de liberdade de 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, por infração ao disposto no art. 213 c/c art. 224, “a” e 14, II, todos do Código Penal e art. 9º da Lei n. 8.072/90.

Válido ressaltar que, com o advento da Lei n. 12.015, em agosto de 2009 - a qual, dentre outras modificações, alterou o Título VI da Parte

Especial do Código Penal que trata dos crimes contra a dignidade sexual -, a hipótese de a vítima de crimes sexuais ser menor de 14 (catorze) anos, que até então se prestava para presumir-se a violência, conforme dispunha o art. 224, “a”, foi deslocada para a atual capitulação do art. 217-A.

Todavia, considerando que os limites da reprimenda cominada foram agravados e por força da diretriz da irretroatividade da lei mais severa (art. 5º, XL, da Constituição da República), as modificações introduzidas nesse ponto não incidem nas questões atinentes ao presente feito, cujos fatos sob análise ocorreram no ano de 2001.

Assim, presentes os pressupostos de admissibilidade, passa-se à análise das razões recursais.

1 PRELIMINARES

Inicialmente, destaca-se que as preliminares arguidas pelo recorrente atinentes à nulidade da sentença por ser ela contrária à prova dos autos; por não haver correlação entre a imputação e o r. *decisum* e por ferir o princípio do *in dubio pro reo* serão analisadas simultaneamente com o mérito, visto que com ele se confundem.

2 MÉRITO

2.1 ABSOLVIÇÃO

O apelante foi condenado pela prática do crime de tentativa de estupro porque teria, na manhã do dia 1º/1/2001 e no interior da garagem da prefeitura, após beijar C. P., nascida em 8/12/1989 e, portanto, com 11 (onze) anos de idade, levado-a para sua casa e lá, mediante violência presumida face à idade da ofendida, ficando somente de cueca, mas abaixada e tirando a calça da menina, tentou com ela manter conjunção carnal, não consumando o ato somente porque a vítima ameaçou gritar pedindo ajuda.

A materialidade do delito - muito embora não esteja documentalmente provada através do exame de conjunção carnal (fl. 11), o qual constatou que a vítima possuía “hímen íntegro complacente”, assim entendido aquele que tolera a introdução do pênis sem se romper - ficou suficientemente demonstrada pelo boletim de ocorrência, no qual a vítima relatou à autoridade policial a violência sexual sofrida (fl. 8); termo de representação e declaração de pobreza, onde a mãe da ofendida demonstra seu interesse em ver o apelante ser processado pela prática delitiva (fls. 36 e 41) e, por fim, pelos depoimentos que reconstituíram os fatos narrados na peça acusatória.

Primeiramente, destaca-se que o fato de o auto de exame de conjunção carnal ter constatado que a vítima possuía “hímen íntegro complacente” não macula a prova da existência do crime, até porque o ato se deu na forma tentada.

Nesse vértice, importante frisar que os crimes contra a dignidade sexual nem sempre deixam vestígios suscetíveis de constatação por meio de exame pericial, especialmente quando não há penetração, ou na hipótese de conjunção carnal, quando o hímen for complacente ou já rompido (Apelação Criminal n. 2006.008743-3, de São Domingos, rel. Juiz José Carlos Carstens Köhler, j. 6/3/2006).

Para corroborar, destaca-se:

O fato de a vítima do crime de estupro ter hímen complacente não torna impossível positivar a existência da cópula, pois para caracterizar o delito basta a introdução completa ou incompleta do pênis na vagina, independentemente da ocorrência da *immissio seminis* e do rompimento da membrana himenal (RT 773/555) (Apelação Criminal n. 2009.000990-2, de São Joaquim, rel. Des. Sérgio Paladino, j. 10/6/2009).

Ademais, deve-se lembrar que ao caso incidiu a hipótese descrita no art. 224, ‘a’, do Código Penal - atualmente tratada no art. 217-A do mesmo

diploma – segundo a qual, “presume-se a violência, se a vítima [...] não é maior de 14 (catorze) anos”.

A jurisprudência deste e. Tribunal não destoa:

PROCESSUAL E PENAL. ESTUPRO. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. EXAME PERICIAL QUE CONSTATA O DESVIRGINAMENTO. PALAVRA FIRME E COERENTE DA VÍTIMA CORROBORADA POR INDÍCIOS E CIRCUNSTÂNCIAS. PROVA SUFICIENTE – VÍTIMA MENOR DE CATORZE ANOS – PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE VIOLÊNCIA – CONDENAÇÃO MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO.

[...] Sendo a vítima menor de 14 (catorze) anos, presume-se a violência. ‘O consentimento do menor de quatorze anos é irrelevante para a formação do tipo penal do estupro, pois a proibição legal é no sentido de coibir qualquer prática sexual com pessoa nessa faixa etária’ (Supremo Tribunal Federal). (Apelação Criminal n. 2007.062331-1, de Capinzal, rel. Des. Amaral e Silva, j. 9/9/2008 – grifo nosso).

De igual forma, a autoria, embora negada pelo recorrente, é inconteste.

Ouvida em juízo quase 8 (oito) anos após os fatos noticiados na denúncia, a vítima, com detalhes, corroborou a versão apresentada ainda durante o inquérito (fls. 9-10):

[...] no dia dos fatos foi convidada pelo denunciado para ir até sua casa; que se encontrava inicialmente na garagem da prefeitura, onde teria trocado beijos; que acompanhou o denunciado até a referida casa juntamente com seu irmão menor; que subiram e o denunciado tentou penetrar na declarante; que ‘sentiu’ dor; que não se recorda se viu o pênis do denunciado; que se recorda de ter recebido valor naquele dia, não sabendo exatamente o valor; que não se recorda se manteve a relação com o denunciado em outras ocasiões; que seus pais não possuindo (sic) vínculos políticos; que não tem certeza se a casa onde se dirigiu ficava ao lado da casa da irmã; que anteriormente aos fatos já havia mantido relações sexuais por uma vez com Odair, na época com 18 anos; que nessa vez com Odair também ‘doeu bastante’, sendo que pediu para parar; [...] que no dia dos fatos, no quarto da referida casa, o denunciado estava

de cueca; que o denunciado baixou a cueca, não chegando a tirá-la do corpo; que cruzou com o denunciado na rua, o qual pediu para a declarante ir até a garagem, o fato que foi presenciado por seu irmão; que se passasse alguém na rua era possível visualizar a declarante com o denunciado; que estava atrás de um ônibus, dentro da garagem; que a casa acima referida é de propriedade da senhora conhecida como 'Branca', a qual não estava no local; que não pediu dinheiro ao denunciado, tendo ele próprio oferecido; que conversou inicialmente com o Conselheiro Clairton; que não se recorda ter visto a testemunha Nilson passar pela rua; [...] no mesmo dia que prestou depoimento nesse município, onde foi feito o exame de conjunção carnal; que quando prestou depoimento na delegacia, antes de adentrar na sala que seria tomado o depoimento cruzou com o denunciado o qual fez um sinal com a mão, indicando para que a declarante nada falasse; que a declarante não considera o que ocorreu como normal [...] que na casa da Branca o denunciado estava com a cueca baixada e pôde ver o pênis ereto do denunciado; que o denunciado deitou a declarante no chão e ali tentou a penetração; que a declarante em razão da dor pediu para ele parar; que no dia dos fatos estava sem calcinha sendo que o denunciado após a tentativa de penetração emprestou uma peça de roupa para a declarante (fls. 109-110 – grifo nosso).

Sabe-se que em casos como este, a palavra da vítima apresenta extrema relevância e alto valor probatório, de maneira que, em harmonia com os demais elementos contidos no processo, autoriza o decreto condenatório.

Outro não é o entendimento desta Corte de Justiça:

[...] Em tema de crimes contra os costumes, que geralmente ocorrem às escondidas, as declarações da vítima constituem prova de grande importância, bastando, por si só, para alicerçar o decreto condenatório, mormente se tais declarações mostram-se plausíveis, coerentes e equilibradas, e com apoio em indícios e circunstâncias recolhidas no processo (JC 76/639) (Apelação Criminal n. 2009.027215-8, de Itajaí, rel. Des. Alexandre d'Ivanenko, j. 26/8/2009).

E é exatamente essa a situação dos autos, à medida que os demais depoimentos constantes no processo não deixam dúvidas de que o apelante, mediante pagamento em dinheiro e aproveitando-se da capacidade

de discernimento reduzida da vítima, que possuía apenas 11 (onze) anos de idade, obrigou-a a praticar conjunção carnal, ato que somente não se consumou por circunstâncias alheias a vontade do agente. Veja-se:

Nilson Luiz Delalibera afirmou que viu o apelante beijando a vítima entre as máquinas da garagem da prefeitura no dia dos fatos e, por se tratar de uma criança, comunicou o Conselho Tutelar do município (fl. 108).

Sem discrepância, Sirlei Ana Sandri Muller, na época conselheira tutelar, relatou (fl. 111):

[...] que recebeu uma denúncia de abuso sexual formulada por um tal de Nilson; que se dirigiram ao local dos fatos e encontraram a vítima retornando da casa do denunciado; que a vítima falou para a declarante e para a conselheira Santina que o denunciado havia tentado manter relação sexual; que a vítima falou acerca do recebimento do valor; que não era filiada em partido político na época e residia no local há 6 meses; que a vítima estava descendo uma rua quando foi abordada pela depoente e pela conselheira Santina; que não tinha nenhuma antipatia pelo denunciado (grifo nosso).

De igual sorte, os elementos informativos trazidos pela conselheira Santina Vargas Frandoloso, ouvida somente na Delegacia porque faleceu antes de ser inquirida em juízo, confirmam a versão apresentada na denúncia (fl. 22):

[...] afirma que é Conselheira Tutelar em Tigrinhos desde agosto de 2000; que a depoente afirma que no dia 01.01.2001 estava no salão comunitário de Tigrinhos, onde acompanhava a cerimônia de posse do novo prefeito da cidade, sendo que por volta das 11:00h foi procurada por uma rapaz a pedido de Clairton Honnef, e que o referido rapaz pediu que a depoente fosse, juntamente Sirlei, até a garagem da prefeitura, onde Clairton queria falar com elas; que a depoente afirma que ao chegar na garagem foi informada que o Carlos havia sido visto abraçado com C. P.; que a depoente viu quando a menina C. P. andava por uma rua em direção a casa de Carlos, porém não chegou a ver se C. P. entrou na casa de Carlos; afirma a depoente que aguardou, junto com Sirlei, por cerca de 10 minutos, em uma esquina próximo da garagem até que C. P. vol-

tasse, sendo que a C. P. estava há cerca de 300 metros de distância; que a depoente conversou com C. P. e esta disse que estava com o ‘Carlinhos’ na garagem; afirma a depoente que encaminhou a C. P. para a sala onde funciona o Conselho Tutelar e lá C. P. alegou que o ‘Carlinhos’ havia tirado a sua roupa numa outra vez que C. P. esteve na casa de Carlos e que naquele dia não havia estado na casa dele; afirma a depoente que na primeira conversa com C. P., quando ainda estavam na rua, C. P. estava com R\$ 1,25 (um real e vinte e cinco centavos) e esta alegou que havia ganho o dinheiro de ‘Carlinhos’ e que já havia dado R\$ 0,25 (vinte e cinco centavos) para um irmão de C. P.; [...] ao indagar C. P. sobre se ela teve ou não relação sexual com o Carlos, a C. P. disse que não, apenas que o Carlos havia lhe tirado a roupa uma vez e que ela, C. P., não havia deixado que Carlos mantivesse relação sexual com ela.

Desta feita, como bem fundamentou o magistrado *a quo*, “tais elementos, em seu conjunto, permitem a conclusão segura no sentido de que: (a) houve encontro inicial e troca de beijos entre a vítima e o acusado na garagem da prefeitura; (b) a ofendida esteve no interior da residência do réu; (c) recebeu valores em troca da relação sexual, a qual não se consumou pela resistência da menor” (fl. 164).

Ademais, o sentenciante, quando prolatou o decreto condenatório, o fez de modo fundamentado, exaurindo todas as teses defensivas apresentadas. Note-se:

Para rebater a tentativa da defesa de desacreditar a vítima, o julgador assentou que os problemas de comportamento a ela imputados apenas corroboram “a versão acusatória no sentido da menor estar mais suscetível às investidas contra a sua sexualidade” e que as supostas divergências no seu depoimento “são normais por conta do transcurso de tempo entre as duas declarações e suficientes, apenas, como bem atentou o agente ministerial, para excluir a imputação original de crimes sexuais anteriores ao fato apurado no dia 1º de janeiro de 2001”. Ademais, concluiu não haver “motivos suficientes para afastar a credibilidade das declarações da

ofendida, a qual não teria mínima justificativa em ‘inventar’ as supostas investidas do agente para prejudicá-lo por conta de divergências políticas”.

Quanto ao álibi apresentado, assentou que as declarações das testemunhas defensivas não afastam o fato de que houve dois encontros entre apelante e vítima, o primeiro na garagem da prefeitura e o segundo na casa onde o réu morava (fl. 164).

Fernando Capez ensina:

Álibi representa toda alegação fática feita pelo acusado visando demonstrar a impossibilidade material de ter participado do crime. Por essa razão, é chamado pela doutrina de prova negativa, no sentido de que visa a negar, desconstituir as provas em que se funda a acusação. O ônus de comprovar a veracidade do álibi é de quem o alega, nos moldes do art. 158 do CPP (Curso de Processo Penal, 16. Ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 335).

Sobre o assunto, extrai-se da jurisprudência dessa Corte de Justiça:

[...] A comprovação de álibi para fulcrar a tese de negativa de autoria é ônus da defesa, nos moldes do art. 156 do CPP, de sorte que, se esta não fundamenta sua assertiva por meio de quaisquer elementos, limitando-se a meras alegações, faz derruir a versão apresentada (Apelação Criminal n. 2009.012089-7, de Itajaí, rel. Des. Salete Silva Sommariva, j. 22/10/2009).

Como se vê, ao contrário do afirmado nas razões recursais, a prova existente nos autos não é duvidosa tampouco frágil para embasar a condenação do apelante pela prática do crime de tentativa de estupro, estando perfeitamente comprovada a materialidade e a autoria do delito.

De igual modo, inviável afastar a hediondez do crime em comento por que praticado mediante violência presumida.

Esta Corte de Justiça, na esteira dos julgados dos Tribunais Superiores, consolidou o entendimento de que “é hediondo o crime de estupro, ainda que não tenha ocorrido nenhum outro tipo de violência, pois o artigo 1º da Lei n. 8.072/90 não faz diferenciação entre as formas de prática dos

crimes ali descritos para incidir ou não o enquadramento legal” (Apelação Criminal n. 2009.043897-6, de Armazém, rel. Des. Torres Marques, j. 10/11/2009).

Para corroborar, destaca-se:

[...] PRETENDIDA EXCLUSÃO DA HEDIONDEZ DO DELITO DE ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR EM RAZÃO DE A INFRAÇÃO TER SIDO COMETIDA COM VIOLÊNCIA PRESUMIDA. IRRELEVÂNCIA. CARÁTER HEDIONDO PRESENTE. PRECEDENTES.

“Os crimes de estupro e atentado violento ao pudor, quando cometidos em sua forma simples ou com violência presumida, enquadram-se na definição legal de crimes hediondos, recebendo essa qualificação ainda quando deles não resulte lesão corporal de natureza grave ou morte da vítima. Precedentes do STF e do STJ.” (REsp 843.307/RS, Min. Gilson Dipp, j. 12.12.06) (Apelação Criminal n. 2007.004685-6, de Blumenau, rel. Juiz José Carlos Carstens Köhler, j. 17/4/2007).

De mais a mais, embora a Lei n. 12.015/09 tenha alterado a redação dos incisos V e VI do art. 1º da Lei n. 8.072/90, manteve como hediondos os crimes de estupro (art. 213, *caput* e §§ 1º e 2º, do CP) e estupro de vulnerável (art. 217-A, *caput* e §§ 1º, 2º, 3º e 4º, do CP), em quaisquer das formas em que sejam praticados.

2.2 DESCLASSIFICAÇÃO PARA O ART. 61 DA LEI DE CONTRAVENTÕES PENAIIS

Também não merece guarida o pleito subsidiário que visa a desclassificação do delito para o tipo contravencional descrito no art. 61 do Decreto-Lei n. 3.688/41, que pune com multa aquele que “importunar alguém, em lugar público ou acessível ao público, de modo ofensivo ao pudor”.

Segundo a doutrina, importunar significa “incomodar, aborrecer, transtornar alguém (homem ou mulher) em lugar público ou acessível

ao público (se for em local privado, não configura esta contravenção)” (SILVA, José Geralda da. Leis penais especiais anotadas. 10. ed. Campinas, São Paulo: Millennium, 2008, p. 538).

Em contrapartida, o crime de estupro tem por finalidade constranger, “tolher a liberdade, forçar ou coagir” a vítima. Nesse caso, “o cerceamento destina-se a obter a conjunção carnal [...], satisfazendo a lascívia” (NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado, 9. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 874-875).

Assim, para que reste configurada a contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor, faz-se necessário que o fato ocorra em local público, bem como que o dolo não seja voltado à satisfação da lascívia do agente.

In casu, conforme já descrito, o apelante, aproveitando-se da pouca idade da ofendida, beijou-a no interior da garagem da prefeitura municipal e, depois disso, levou-a para sua casa e lá, ficando com a cueca abaixada e tirando a calça da menina, deitou-a no chão e tentou a penetração, não consumando o ato por razões alheias a sua vontade.

Vê-se, pois, que o ato perpetrado pelo recorrente longe da vista de estranhos, indubitavelmente, destinava-se à satisfação de sua lascívia e, nem por um instante, pode ser considerado mera importunação.

Sobre o assunto, colhe-se julgados deste Tribunal de Justiça:

APELAÇÃO CRIMINAL. ATENTADOS VIOLENTOS AO PUDOR PRATICADOS POR PAI CONTRA FILHAS [...].

DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO PARA AS INFRAÇÕES CAPITULADAS NO ART. 61 OU NO ART. 65 DA LEI DAS CONTRAVENÇÕES PENAIS. INADMISSIBILIDADE.

“Não se confunde a prática de ato libidinoso com as contravenções dos arts. 61 e 65 da LCP. Nestas, o agente pratica ato que contrasta com o sentimento médio de pudor ou bons costumes, como beijos ligeiros, apal-

padelas, toques no corpo etc., e naquele é necessário o ato concupiscente” (Mirabete, Julio Fabbrini, Código penal interpretado, 5. ed., São Paulo, Atlas, 2005, p. 1791) (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2010.003378-7, de Campo Erê, rel. Des. Sérgio Paladino, j. 2/12/2010).

Ainda:

DESCLASSIFICAÇÃO PARA A CONTRAÇÃO DE IMPORTUNAÇÃO OFENSIVA AO PUDOR (DECRETO-LEI N. 3.688/41, ART. 61). ATO LIBIDINOSO CARACTERIZADO. CONDUTA NÃO PRATICADA EM LOCAL PÚBLICO OU ACESSÍVEL AO PÚBLICO [...] INVIABILIDADE. AGENTE QUE BUSCAVA SACIAR SUA LASCÍVIA.

[...] III - Reputa-se inviável a desclassificação do crime de atentado violento ao pudor para a contração penal de importunação ofensiva ao pudor, prevista no art. 61 do Decreto-Lei n. 3.688/41, quando os fatos descritos subsumem-se ao disposto nos arts. 213 e 214 do Código Penal e, em especial, na hipótese de as provas demonstrarem que o acusado não importunou a vítima, de modo ofensivo ao pudor, em local público ou acessível ao público, e, sim, constrangeu-a com a intenção de com ela praticar ato libidinoso diverso da conjunção carnal (Apelação Criminal n. 2008.062153-0, de Santo Amaro da Imperatriz, rel. Des. Salete Silva Sommariva, j. 15/9/2009).

Ante o exposto, deve-se manter a condenação do recorrente pelo crime de tentativa de estupro.

2.3 REDUÇÃO DA PENA

Melhor sorte assiste à defesa quanto ao pedido de redução da reprimenda. Se não, vejamos:

Em relação à primeira e segunda fases da dosimetria, não há qualquer questão a ser debatida, tendo em vista que, por inexistirem circunstâncias judiciais desfavoráveis, bem como agravantes ou atenuantes a serem sopesadas, a pena permaneceu no mínimo legal cominado ao delito, qual seja, 6 (seis) anos de reclusão.

Na última fase, o magistrado *a quo* majorou a reprimenda de metade (1/2) em razão da causa especial de aumento prevista no art. 9º da Lei n. 8.072/90, que assim dispõe:

Art. 9º As penas fixadas no art. 6º para os crimes capitulados nos arts. 157, § 3º, 158, § 2º, 159, *caput* e seus §§ 1º, 2º e 3º, 213, *caput* e sua combinação com o art. 223, *caput* e parágrafo único, 214 e sua combinação com o art. 223, *caput* e parágrafo único, todos do Código Penal, são acrescidas de metade, respeitado o limite superior de trinta anos de reclusão, estando a vítima em qualquer das hipóteses referidas no art. 224 também do Código Penal (grifo nosso).

Entretanto, em que pese o entendimento firmado pelo sentenciante, tem-se que o referido aumento deve ser afastado do cômputo da pena.

A despeito de sólidas e respeitáveis manifestações doutrinárias e jurisprudenciais, esta Corte de Justiça, majoritariamente, adotava a posição de que a causa de aumento do art. 9º da Lei de Crimes Hediondos tinha aplicação unicamente se do crime de estupro ou atentado violento ao pudor resultasse lesão corporal grave ou morte da vítima.

A saber:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A LIBERDADE SEXUAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR EM CONTINUIDADE DELITIVA. VIOLÊNCIA PRESUMIDA (CP, ART. 214, C/C ART. 224, “A” E ART. 71, *CAPUT*) [...].

PLEITEADA APLICAÇÃO DA CAUSA DE AUMENTO DO ART. 9º DA LEI N. 8.072/90. AUSÊNCIA DE VIOLÊNCIA REAL OU GRAVE AMEAÇA. HIPÓTESE QUE CONFIGURARIA *BIS IN IDEM*. AFASTAMENTO MANTIDO [...].

II – Conforme a orientação jurisprudencial majoritária desta Corte de Justiça, ensejaria afronta ao princípio do *non bis in idem* a aplicação da causa de aumento insculpida no art. 9º da Lei de Crimes Hediondos em casos nos quais a consumação do crime de estupro ou atentado violento ao pudor dera-se por uma das causas

de presunção de violência elencadas no art. 224 do Código Penal, sem que haja violência real ou grave ameaça (Apelação Criminal n. 2008.062153-0, de Santo Amaro da Imperatriz, rel. Des. Salete Silva Sommariva, j. 15/9/2009).

APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPRO. PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA. CONDENAÇÃO. [...] PRETENDIDA EXCLUSÃO DO AUMENTO DE PENA DECORRENTE DA CAUSA ESPECIAL PREVISTA NO ART. 9º DA LEI N. 8.072/90. MAJORANTE QUE INCIDE APENAS QUANDO DO DELITO RESULTAR LESÃO GRAVE OU MORTE. NÃO INCIDÊNCIA NA HIPÓTESE. PRECEDENTES.

A causa de aumento de pena descrita no art. 9º da Lei dos Crimes Hediondos somente pode incidir no cálculo da pena dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor, quando do ato praticado tenha resultado lesão corporal de natureza grave ou morte da vítima [...] (Apelação Criminal n. 2008.028370-1, de Abelardo Luz, rel. Des. Torres Marques, j. 18/7/2008).

Ocorre que, “com o advento da Lei n. 12.015/2009, que acresceu o art. 217-A ao Código Penal, criando a figura do ‘estupro de vulnerável’, cominando-se pena mais severa, ao mesmo tempo em que revogou o art. 224 (que dispunha acerca da violência presumida), fez suplantar qualquer controvérsia acerca da causa de especial aumento constante no art. 9º da Lei de Crimes Hediondos, haja vista este último dispositivo condicionar a sua aplicação à incidência do comando normativo atualmente revogado” (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2009.005512-9, de Itajaí, rel. Des. Salete Silva Sommariva, j. 11/1/2011).

Note-se a redação do novel dispositivo:

Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos:

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

§ 1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no *caput* com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não

tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.

§ 2º (Vetado)

§ 3º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave:

Pena - reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos.

§ 4º Se da conduta resulta morte:

Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

E Guilherme de Souza Nucci elucida a questão:

[...] Uni-se no art. 217-A o contexto dos atos sexuais, abrangendo tanto a conjunção carnal (cópula pênis-vagina) quanto outros atos libidinosos, nos mesmos moldes já realizados com o estupro (art. 213). Elevou-se a pena para reclusão, de oito a quinze anos. Nesse caso, resolve-se mais um problema, consistente na incidência do aumento determinado pelo art. 9º da Lei dos Crimes Hediondos, quando fosse aplicável o art. 224 do Código Penal. A antiga discussão sobre o pretenso *bis in idem* está superada. O estupro de vulnerável recebe pena autônoma e superior ao estupro comum. [...] (Crime contra a dignidade sexual: comentários à Lei n. 12.015, de agosto de 2009, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 35).

Assim, embora os fatos descritos na denúncia tenha ocorrido em data anterior à edição da Lei n. 12.015/2009, os efeitos benéficos decorrentes da revogação do art. 224 do Código Penal e da prejudicial aplicação do art. 9º da Lei dos Crimes Hediondos nessa hipótese, aplicam-se ao presente caso, em razão do princípio da *novatio legis in mellius*.

No que tange à aplicação de lei posterior, leciona, ainda, Guilherme de Souza Nucci:

Conceito e aplicação da extratividade da lei penal: a regra geral em direito é a aplicação da lei vigente à época dos fatos (*tempus regit actum*). A exceção é a extratividade, ou seja, a possibilidade de aplicação da uma lei a fatos ocorridos fora do âmbito de sua vigência. O fenômeno da extratividade, no campo penal, realiza-se em dois ângulos: a) *retroatividade*; é a aplicação de uma nova lei penal benéfica a um fato (infração penal) acontecido antes do período da

sua vigência (art. 5º, XL, CF); b) *ultratatividade*: é a aplicação de uma lei penal benéfica, já revogada, a um fato (sentença) ocorrido depois do período de sua vigência. O Código Penal brasileiro, no art. 2º, faz referência somente à retroatividade, porque está analisando a aplicação da lei penal sob o ponto de vista da data do fato criminoso. Assim, ou se aplica o princípio-regra (*tempus regit actum*), se for o mais benéfico, ou se aplica a lei penal posterior, se for a mais benigna. [...] (*op. cit.*, p. 60).

Este. E Tribunal assim decidiu em casos semelhantes:

ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR, COMETIDOS ANTERIORMENTE À VIGÊNCIA DA LEI N. 12.015/2009. PADRASTO QUE, VALENDO-SE DA ASCENSÃO EXERCIDA SOBRE A VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS, PRÁTICA COM ELA ATOS LIBIDINOSOS E A SUBMETE A INTERCURSO CARNAL.

[...] ALMEJADA INCIDÊNCIA DO ART. 9º DA LEI DOS CRIMES HEDIONDOS. INVIABILIDADE, SOBRETUDO EM FACE DO NOVO TIPO PENAL DO ART. 217-A DO CÓDIGO PENAL. RECURSO NÃO PROVIDO (Apelação Criminal n. 2010.046167-0, de São Joaquim, rel. Des. Irineu João da Silva, j. 28/9/2010 - grifo nosso)

E, ainda:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A LIBERDADE SEXUAL, PERPETRADO ANTERIORMENTE À EDIÇÃO DA LEI N. 12.015/09.

[...] RECLAMO DO PARQUET. PRETENDIDA INCIDÊNCIA DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DO ART. 9º DA LEI N. 8.072/90. DESCABIMENTO. MAJORANTE REVOGADA PELA LEI N. 12.015/09. APLICAÇÃO DA REGRA MAIS FAVORÁVEL AO RÉU. EXEGESE DO ART. 5º, INC. XL, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 2º DO CÓDIGO PENAL (*NOVATTO LEGIS IN MELLIUS*) [...] (Apelação Criminal n. 2009.029715-0, de Criciúma, rel. Des. Subs. Tulio Pinheiro, j. 10/11/2009).

Resolveu-se, assim, a discussão sobre a incidência do art. 9º da Lei dos Crimes Hediondos nos crimes de estupro e atentado violento ao pudor praticados com violência presumida.

Diante disso, reforma-se a sentença no ponto, a fim de afastar o aumento de 3 (três) anos perfectibilizado pelo julgador singular nessa derradeira etapa da dosimetria.

Enfim, mantendo-se os termos contidos na sentença (fl. 165), “por se tratar de figura tentada” (art. 14, II, do CP) e “analisando o percurso do crime”, diminui-se a reprimenda pela metade (1/2), resultando a pena definitivamente fixada em 3 (três) anos de reclusão.

2.4 APLICAÇÃO DE REGIME PRISIONAL MAIS BRANDO

Também carente de qualquer amparo jurídico o pleito de modificação do regime de cumprimento de pena para o semiaberto.

Isso porque a Lei n. 11.464/07, que modificou a Lei n. 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos) quanto a esse tocante, apenas possibilitou a progressão de regime ao dispor que a pena pela prática de crime hediondo ou equiparado será cumprida inicialmente (e não mais integralmente) em regime fechado.

Válido reproduzir a doutrina de Guilherme de Souza Nucci:

Preceitua a Lei 8.072/90 (art. 1º, V) ser o estupro um delito hediondo, trazendo, por consequência, todas as privações impostas pela referida lei, dentre as quais: o cumprimento da pena inicialmente em regime fechado (esta é a nova redação do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, dada pela Lei 11.464/07 [...]). (*op. cit.*, p. 874).

Este Tribunal assim se manifesta:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA OS COSTUMES. ESTUPRO (ART. 213, C/C ART. 61, II, H, AMBOS DO CÓDIGO PENAL E ART. 2º, § 1º, DA LEI N. 8.072/90). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA.

[...] ALMEJADA ALTERAÇÃO DO REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA PARA O SEMIABERTO. INADMISSIBILIDADE. CRIME EQUIPARADO A HEDIONDO. APLICAÇÃO DO DISPOSTO NA LEI N. 8.072/90. REGIME INICIAL FECHADO CORRETAMENTE APLICADO. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO (Apelação Criminal n. 2008.048296-9, de Santa Cecília, desta relatora, j. 21/7/2009).

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA OS COSTUMES. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR (ART. 214, *CAPUT*, C/C ART. 224, “B”, AMBOS DO CP) [...]. INTENTADA A ALTERAÇÃO DO REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA. APLICAÇÃO DO DISPOSTO NA LEI N. 8.072/90. REGIME INICIAL FECHADO CORRETAMENTE APLICADO. RECURSO DESPROVIDO (Apelação Criminal n. 2008.047962-5, de Gaspar, rel. Des. Torres Marques, j. 3/10/2008).

Como se vê, “inviável o pleito de alteração para o semiaberto, por motivo de política criminal, haja vista que o estupro, crime considerado hediondo, merece grande rigor. Ademais, seja por orientação do Supremo Tribunal Federal no HC n. 82.959/SP, seja pela nova redação do § 1º do art. 2º da Lei dos Crimes Hediondos, alterada pela Lei n. 11.464/07, o regime prisional deve ser o inicialmente fechado” (Apelação Criminal n. 2007.022232-2, de Timbó, rel. Des. Torres Marques, j. 10/7/2007).

2.5 ISENÇÃO DE CUSTAS

Por fim, a análise acerca da eventual falta de condições financeiras do réu para arcar com as custas processuais sem prejuízo de seu sustento incumbe ao juízo da execução, que pode permitir o parcelamento ou suspender a sua execução, devendo o pedido de isenção, portanto, ser formulado no momento oportuno perante àquele juízo, até porque nestes autos não consta nenhum documento que comprove a sua renda.

Nesse vértice, disserta Júlio Fabbrini Mirabete: “A pobreza do condenado não impede a condenação nas custas. É na execução que a misera-

bilidade jurídica do condenado deve ser examinada a fim de ser concedida a isenção” (Código de processo penal interpretado, 8. ed. atual., São Paulo: Atlas, 2001, p. 1567).

Sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou:

O Superior Tribunal já firmou jurisprudência no sentido de que o réu, ainda que beneficiário da assistência judiciária gratuita, deve ser condenado ao pagamento das custas processuais nos termos do art. 804 do Código de Processo Penal, ficando, contudo, seu pagamento sobrestado, enquanto perdurar seu estado de pobreza, pelo prazo de cinco anos, quando então a obrigação estará prescrita, conforme determina o art. 12 da Lei n. 1.060/50.

Outrossim, a isenção somente poderá ser concedida ao réu na fase de execução do julgado, porquanto esta é a fase adequada para se aferir a real situação financeira do condenado, já que existe a possibilidade de sua alteração após a data da condenação (REsp n. 842393-RS, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 16/12/2008).

E deste e. Tribuna, colhe-se:

[...] REQUERIDA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. RÉU QUE POSSUI DEFENSOR CONSTITUÍDO, IMPOSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. VEDAÇÃO DO ART. 17, INC. II, DA LEI COMPLEMENTAR N. 155/97. ISENÇÃO DO PAGAMENTO DE CUSTAS E DESPESAS PROCESSUAIS. MATÉRIA AFETA À EXECUÇÃO. PLEITO REPELIDO (Apelação Criminal n. 2009.055756-8, de Blumenau, rel. Des. Alexandre d’Ivanenko, j. 16/11/2009).

[...] ALMEJADA ISENÇÃO DO PAGAMENTO DA PENA DE MULTA E DAS CUSTAS PROCESSUAIS. MATÉRIAS AFETAS AO JUÍZO DA EXECUÇÃO PENAL. EXAME OBSTADO (Apelação Criminal n. 2006.042908-8, rel. Des. Subst. José Carlos Carstens Köhler, j. 27/2/2007).

Logo, não se conhece do reclamo no ponto.

Exaustivamente discutidos os pontos que suscitaram a irresignação da defesa, o voto é pelo provimento parcial do recurso, tão somente para excluir do cômputo da pena a majorante descrita no art. 9º da Lei n. 8.072/90.

DECISÃO

Nos termos do voto da relatora, esta Primeira Câmara Criminal, por unanimidade de votos, resolveu conhecer do recurso em parte, rejeitar as preliminares e, no mérito, dar-lhe provimento parcial, tão somente para excluir do cômputo da pena a majorante descrita no art. 9º da Lei n. 8.072/90, restando a pena do apelante definitivamente fixada em 3 (três) anos de reclusão, em regime inicialmente fechado, por infração ao disposto no art. 213 c/c art. 224, “a” e 14, II, todos do Código Penal.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Rui Fortes, com voto, e dele participaram a Exma. Sra. Des. Marli Mosimann Vargas – relatora e o Exmo. Sr. Des. Hilton Cunha Júnior.

Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça participou o Exmo. Sr. Procurador Paulo Antônio Günther.

Florianópolis, 15 de fevereiro de 2011.

Marli Mosimann Vargas
RELATORA

Apelação Criminal n. 2008.055373-2, de Seara

Relator: Des. Newton Varella Júnior

APELAÇÃO CRIMINAL. RECURSO DA DEFESA. ART. 39 DA LEI 9.605/98. PRELIMINARES. ARGUIDA A IMPOSSIBILIDADE DE PESSOA JURÍDICA FIGURAR NO POLO PASSIVO DA AÇÃO PENAL. AFASTAMENTO. INTELIGÊNCIA DO ART. 225, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E ART. 3º DA LEI DOS CRIMES AMBIENTAIS. NULIDADE DA SENTENÇA POR FALTA DE ANÁLISE DAS TESES DEFENSIVAS. ALEGAÇÃO INSUBSISTENTE. DECISÃO QUE, DE FORMA DIRETA E INDIRETA, AFASTA AS QUESTÕES TRAZIDAS PELAS PARTES NAS ALEGAÇÕES FINAIS. DESNECESSIDADE DE REBATER, EXPRESSAMENTE, TODOS OS ARGUMENTOS APRESENTADOS PELA DEFESA. DECISÃO QUE DEMONSTRA, COM CLAREZA, A MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS, BEM COMO A EXPOSIÇÃO DOS MOTIVOS QUE LEVARAM À CONDENAÇÃO DOS ACUSADOS. AVENTADA A NULIDADE DA SENTENÇA, ANTE A CONDENAÇÃO DOS ACUSADOS EM TIPO PENAL DIVERSO DO NARRADO NA DENÚNCIA. HIPÓTESE DE MERO ERRO MATERIAL, TRATANDO-SE DE EQUÍVOCO NA MENÇÃO DO TIPO PENAL NA PARTE DISPOSITIVA, DEVENDO SER RETIFICADA, NOS MOLDES DA FUNDAMENTAÇÃO. INEXISTÊNCIA AINDA, DE FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO NA DOSIMETRIA DA PENA DOS ACUSADOS. PRELIMINARES AFASTADAS.

MÉRITO. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO POR AUSÊNCIA DE PROVAS. MATERIALIDADE E AUTORIAS DEVIDAMENTE COMPROVADAS. PALAVRAS DOS RÉUS E DE POLICIAIS ATESTANDO A PRÁTICA CRIMINOSA. DOSIMETRIA. INVIABILIDADE DE MAJORAÇÃO DIANTE DE AÇÃO PENAL EM ANDAMENTO. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 444 DO STJ. AUSÊNCIA DE LAUDO TÉCNICO QUE PERMITA AUMENTO

PELA CONSIDERAÇÃO NEGATIVA DA PERSONALIDADE DO ACUSADO. DESCONSIDERAÇÃO DA MAJORAÇÃO EM VIRTUDE DAS CONSEQUÊNCIAS DO CRIME, POR SEREM NORMAIS À ESPÉCIE. DIMINUIÇÃO DAS PENAS-BASES AO MÍNIMO LEGAL. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2008.055373-2, da Comarca de Seara (Vara Única), em que são apelantes Gilmar Antonio Alflen e outros, e apelada A Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por unanimidade, dar provimento parcial ao recurso interposto, alterando-se as reprimendas impostas aos réus Gilmar e Adacir para, respectivamente, 01(um) ano de detenção e 10 (dez) dias-multa, e 01 (um) ano de detenção, mantendo a substituição das penas corporais por penas restritivas de direito. Custas de lei.

RELATÓRIO

Adacir Cleomar Nardino, Gilceu Valdir Camargo, Gilmar Antonio Aflen e Comercial Cerâmica Seara LTDA-ME. foram condenados, pelo Juízo de Direito da Vara Única da comarca de Seara, às penas de, respectivamente, 01 (um) ano e 05 (cinco) meses de detenção, 01 (um) ano de detenção, 01 (um) ano e 05 (cinco) meses de detenção e 100 (cem) dias-multa, no valor mínimo legal, e a pessoa jurídica à pena de multa no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), todos pela prática do crime preceituado no art. 39 da Lei 9.605/98, tendo sido as penas corporais substituídas por penas restritivas de direito.

Irresignados, todos recorrem pugnando, preliminarmente, pela nulidade da sentença, ante a ausência de análise de todas teses defensivas, pelo fato de restarem condenados os apelantes por crime diverso do narrado na inicial acusatória e por falta de fundamentação na fixação da pena-base dos

réus Gilmar e Cleomar. Ainda, aduz a defesa a impossibilidade de pessoa jurídica figurar no polo passivo da ação penal.

Sucessivamente, no mérito, requerem a absolvição por ausência de provas de materialidade e autoria, bem como a diminuição das penas-bases fixadas ao mínimo legal.

Contra-arrazoado o recurso (fls. 333/343), os autos ascenderam a esta superior instância.

Lavrou parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Vilmar José Loef, opinando pelo improvimento do reclamo.

VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Narra a denúncia que:

[...] Consta do incluso Termo Circunstanciado que no dia 07 de janeiro de 2004, em horário que a instrução criminal irá esclarecer, integrantes do 8º Pelotão da Polícia de Proteção Ambiental fizeram um patrulhamento de fiscalização no Distrito de Linha Bernardi, interior desta cidade, e constataram o corte de 28,14m (vinte e oito vírgula quatorze metros cúbicos) de árvores nativas da espécie ‘araucária angustifolia’, conhecida popularmente como ‘pinheiro brasileiro’, sendo que parte delas encontravam-se localizada às margens do Rio Caçador, que passa pela propriedade vistoriada, portanto dentro de espaço protegido por lei (cf. levantamento fotográfico de fls. 38/43 e croqui de fls. 30).

As árvores pertenciam e estavam no imóvel de propriedade da denunciada Ilza Maria Messa, administrado pelo denunciado Marcos Rogério Messa Goulart responsável pela contratação do serviço de desmatamento, efetuado pelos denunciados Adacir Cleomar Nardino E Gilceu Valdir Camargo, funcionários da empresa COMERCIAL CERÂMICA SEARA LTDA-ME, de propriedade do denunciado Gilmar Antonio Alfen. [...]

Inicialmente, devem as prefaciais ser afastadas.

Nenhum óbice existe em figurar a pessoa jurídica Comercial Cerâmica Seara Ltda-Me no polo passivo da presente ação penal.

Com efeito, a própria Constituição Federal, no art. 225, §3º, autoriza, de forma expressa, a responsabilização penal da pessoa jurídica:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Omissis;

§ 3º - As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados. (grifo nosso).

Ainda, preceitua o art. 3º da Lei dos Crimes Ambientais, *in verbis*, “As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade”.

Admitindo tal possibilidade, colhe-se de julgado deste egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

RECURSO CRIMINAL – CRIME AMBIENTAL – LEI N. 9.605/98, ART. 38-A – DENÚNCIA REJEITADA – DELITO PRATICADO POR PESSOA JURÍDICA – RESPONSABILIDADE PENAL – POSSIBILIDADE – CF/88 ART. 225, §3º – MATÉRIA REGULAMENTADA PELA LEI DE CRIMES AMBIENTAIS (ART. 3º) – RECEBIMENTO INTEGRAL DA PEÇA ACUSATÓRIA PELA INSTÂNCIA *AD QUEM* (SÚM. 709 DO STF).

É cediço que a CF/88, em seu art. 225, §3º, estabeleceu, expressamente, a possibilidade de a pessoa jurídica figurar no pólo passivo de ação penal, cuja matéria constitui objeto da Lei dos Crimes Ambientais, em seu art. 3º, bem como tipificou as condutas e aplicou as respectivas penas. Desse modo, não há falar-se em ilegitimidade

da pessoa jurídica para figurar no pólo passivo da relação processual-penal quando esta é denunciada por delito praticado contra o meio ambiente (Lei n. 9.605/98). (Recurso Criminal n. 2009.066554-2, Rel. Des. Salete Silva Sommariva, j. em 25/11/2010).

Desta feita, mostra-se plenamente possível a caracterização da responsabilidade penal de pessoa jurídica no caso de cometimento de crimes ambientais, devendo a prefacial ser afastada.

Quanto à outra preliminar, que visa a nulidade da sentença por não terem sido analisadas todas as teses defensivas, do mesmo modo não se evidencia nenhuma mácula capaz de conduzir à nulidade da decisão impugnada.

A jurisprudência reiteradamente vem assentando que o magistrado não está obrigado a rebater todos os argumentos apresentados pela parte, bastando que se pronuncie, mesmo que de forma indireta, sobre as questões trazidas ao seu conhecimento.

In casu, constata-se que o defensor teceu várias considerações, no sentido da impossibilidade da pessoa jurídica figurar no polo passivo da ação, bem como pela ausência de provas de autoria e materialidade. No entanto, o digno Juiz sentenciante afastou as assertivas trazidas pela defesa, demonstrando, com clareza, a materialidade e a autoria delitiva, bem como apresentando a exposição dos motivos que levaram à condenação dos acusados, de modo a ficarem refutadas, de forma expressa ou implícita, as teses apresentadas.

Não se olvida do teor do art. 381, inciso III, do Código de Processo Penal, que dispõe sobre a necessidade de a sentença conter a exposição das teses defensivas e acusatórias. Contudo, inexiste determinação legal no sentido de que as mesmas sejam analisadas individualmente, de forma exaustiva, de modo que se conclui que podem ser afastadas tacitamente, ainda mais quando se verifica, na decisão, a nítida intenção de rechaçar os

argumentos defensivos, sendo, portanto, desnecessária minucioso esgotamento das questões suscitadas.

Sobre a matéria, colhe-se desta Corte de Justiça:

PLEITO DE RECONHECIMENTO DE NULIDADE DA SENTENÇA. AUSÊNCIA DE ENFOQUE DE TESES DEFENSIVAS. INOCORRÊNCIA. *DECISUM* QUE REBATE TODAS AS QUESTÕES AGITADAS PELAS PARTES, AINDA QUE INDIRETAMENTE. DESNECESSIDADE DE RESPOSTA EXPRESSA À INTEGRALIDADE DOS ARGUMENTOS DEUZIDOS PELAS DEFESAS. SUFICIÊNCIA DA EXPOSIÇÃO CLARA DOS FUNDAMENTOS QUE EMBASARAM O CONVENCIMENTO DO JUIZ. PRECEDENTES.

[...] Resta suficientemente fundamentada a sentença condenatória que, cotejando as provas contidas nos autos, faz menção direta às razões que serviram para formar a convicção do magistrado acerca da materialidade e autoria dos delitos praticados [...] Não é omissa a decisão que, fundamentadamente, abraça tese contrária à da defesa. Demonstrada a autoria, a rejeição da tese de inocência do paciente, por redundância, não precisava ser formalmente explicitada (Precedentes do STJ e do Pretório Excelso). Ordem denegada. (STJ, Min. Félix Fischer). (Apelação Criminal n. 2006.027969-6, da Capital/Estreito, rel. Des. José Carlos Carstens Köhler, j. 5.6.2007)

E, ainda:

... PRELIMINARES – ALEGADO CERCEAMENTO DE DEFESA – NÃO APRECIÇÃO DE UMA DAS TESES DEFENSIVAS – FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO CONDENATÓRIO – TOGADO QUE NÃO ESTÁ OBRIGADO A ANALISAR E VALORAR CADA UMA DAS ARGUMENTAÇÕES DE DEFESA – NULIDADE INEXISTENTE ... (Ap. Crim. n. 2008.014602-5, de São José, rel. Des. Solon d'Eça Neves, j. em 7.8.2008)

Prosseguindo, também não subsiste a alegação de nulidade da sentença condenatória.

Alega a defesa que o MM. Juiz *a quo* condenou os acusados por tipificação penal ausente na exordial acusatória e por conduta não praticada pelos réus.

Ocorre que, na realidade, o que ocorreu foi mero erro material na parte dispositiva da sentença, inexistindo cerceamento de defesa ou ofensa à ampla defesa dos acusados.

Depreende-se do *decisum* que trata-se a espécie de simples equívoco do Juiz sentenciante, tão somente na menção ao tipo penal em que restaram condenados os acusados, na parte dispositiva da sentença.

Inferre-se da sentença que durante toda a fundamentação o Magistrado faz referência à prática do crime previsto no art. 39 da Lei 9.605/98, sendo este delito o imputado aos réus na exordial acusatória.

Tratando-se de erro material, nenhum óbice existe à sua correção em segunda instância.

Acerca da matéria, afirma Julio Fabbrini Mirabete:

[...] Completada a decisão com a publicação, a sentença se torna irretratável, salvo as exceções legais. Prevê-se expressamente a possibilidade de alteração na hipótese de embargos declaratórios (art. 382), e, segundo a doutrina, nada obsta que o juiz, de ofício ou requerimento da parte, possa proceder à correção de pequenas inexatidões materiais ou erros de cálculo facilmente verificáveis (ex: menção do dispositivo legal). Aliás simples erro material da sentença não tem o condão de anular a decisão, nada obstando que seja ela corrigida em segunda instância. Os erros materiais, aliás, não passam em julgado, sendo passíveis de correção em qualquer tempo. [...] (Código de Processo Penal Interpretado, 11. ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 1.027).

Colhe-se ainda de julgado desta egrégia Corte:

APELAÇÃO CRIMINAL TRIBUNAL DO JÚRI. HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO. PROMESSA DE RECOMPENSA E USO DE RECURSO QUE IMPOSSIBILITOU A

DEFESA DA VÍTIMA. ART. 121, § 2º, I E IV, IN FINE, DO CÓDIGO PENAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA.

ERRO MATERIAL NA PARTE DISPOSITIVA DA SENTENÇA. CORREÇÃO DE OFÍCIO. RETIFICAÇÃO DA CAPITULAÇÃO LEGAL DO DELITO NOS MOLDES DA FUNDAMENTAÇÃO. INCLUSÃO DO § 2º DO ART. 121 DO CP. [...] (Apelação Criminal n. 2008.013550-3, rela. Desa. Marli Mosimann Vargas, j. em 20/10/2009)

Também não deve ser acolhida a preliminar de nulidade da sentença, por ausência de fundamentação na fixação da pena-base dos acusados Gilmar e Cleomar acima do mínimo legal, e na análise das circunstâncias agravantes e atenuantes.

Com efeito, expôs o Magistrado sentenciante, com relação àquele acusado que:

Os elementos da culpabilidade estão presentes, pois é maior de 18 anos e mentalmente são, dispondo de perfeita consciência da ilicitude de sua ação, sabendo ou devendo saber que atuava contrariamente ao direito, mas é normal à espécie. O réu possui antecedentes, conforme fls. 259/260, sendo indiciado em outras condutas contrárias à ordem jurídica. A conduta não é das melhores, vez que demonstra irracionalidade diante do meio ambiente. Sua personalidade é do homem comum. Os motivos, são reprováveis e egoísticos. As circunstâncias, foram regular ao crime perpetrado. As conseqüências foram danosas e o comportamento da vítima em nada contribuiu.

Isto considerado, fixo a pena-base acima do mínimo legal, ou seja, em 01 (um) ano e 06 (seis) meses de detenção e 30 (trinta) dias-multa, no valor de um trigésimo do salário mínimo, vigente à época dos fatos.

Verifico existência de agravante prevista no art. 15, II, “a” da Lei 9608/98, eis que os fatos decorreram da oportunidade dos denunciados obterem vantagem pecuniária, razão pela qual majoro a pena em 02 (dois) meses. Presente também atenuante prevista no art. 14, IV da referida lei eis que o autor do delito colaborou com os agentes encarregados da vigilância, reduzindo, assim, em 03 (três) meses a pena provisória.

Já com relação ao réu Cleomar:

Quanto a culpabilidade é usual a espécie, depreende-se dos autos – ser agente imputável, atuando com dolo ao cortar árvores de área de preservação permanente. No que se refere aos antecedentes, o réu coleciona péssimos antecedentes, sendo infrator contumaz em crimes ambientais (fls.249). A conduta é comprometedora, ante a sua incapacidade em manter convívio harmônico com a natureza e à vista das duas outras ações penais em andamento. Sua personalidade é mal formada, propensa à atingir o meio ambiente. Os motivos são egoísticos porquanto visam lucrar em detrimento da natureza. As circunstâncias do crime são próprias do tipo penal e as conseqüências irreparáveis e o comportamento das vítimas em nada concorreu para a prática do delito.

Neste termos, fixo a pena-base acima do mínimo legal, ou seja, em 01 (um) ano e 06 (seis) meses de detenção.

Verifico existência de agravante prevista no art. 15, II, “a” da Lei 9608/98, eis que os fatos decorreram da oportunidade dos denunciados obterem vantagem pecuniária, razão pela qual majoro a pena em 02 (dois) meses. Presente também atenuante prevista no art. 14, IV da referida lei eis que o autor do delito colaborou com os agentes encarregados da vigilância, reduzindo, assim, em 03 (três) meses a pena provisória.

Depreende-se, portanto, que restou devidamente fundamentada a dosimetria realizada pelo MM. Juiz *a quo*, tendo sido levado em consideração para a fixação da pena-base circunstâncias judiciais negativas, em especial os antecedentes criminais dos réus, além das condutas e dos motivos do crime.

Ainda, de forma devidamente fundamentada, elevou a reprimenda ante a presença da agravante prevista no art. 15, II, a, da Lei 9.605/98, bem como posteriormente a reduziu em decorrência da atenuante preceituada no art. 14, IV, do mesmo diploma legal.

Frise-se, mais, que não houve a consideração de nenhuma causa de aumento ou diminuição de pena.

Assim sendo, não há que se falar em ausência de fundamentação na dosimetria da pena realizada, devendo, por conseguinte, ser também esta prefacial repelida.

Afastadas as preliminares, melhor sorte não socorre aos apelantes no mérito, ao menos em parte.

Alega a defesa que a materialidade do crime não restou devidamente comprovada.

Preceitua o art. 39 da Lei 9.605/98:

Art. 39. Cortar árvores em floresta considerada de preservação permanente, sem permissão da autoridade competente:

Pena - detenção, de um a três anos, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente.

Por seu turno, define o Código Florestal que:

Art. 2º Consideram-se de preservação permanente, pelo só efeito desta Lei, as florestas e demais formas de vegetação natural situadas:

a) ao longo dos rios ou de qualquer curso d'água desde o seu nível mais alto em faixa marginal cuja largura mínima será:

1 - de 30 (trinta) metros para os cursos d'água de menos de 10 (dez) metros de largura;

[...]

In casu, diferentemente do afirmado pela defesa, a materialidade do crime não está demonstrada tão somente através das fotos digitalizadas anexadas aos autos (fls. 43/48).

Além delas, existem ainda outros elementos capazes de comprovar a efetiva ocorrência de corte de árvore em floresta de preservação permanente.

Dentre eles vale citar o laudo de constatação de dano ambiental (fls. 39/42), confeccionado pela bióloga Agnes Karine Ebeling, tendo sido consignado que no local “houve supressão de vegetação a uma distância média

de 7m do rio Caçador, configurando corte de espécies nativas em Área de Preservação Permanente”.

Além disso, prestou depoimento a testemunha Jacson Três, bioquímico que exerce suas funções junto à vigilância sanitária do município de Seara, atestando que acompanhou os policiais militares na vistoria da área e constatou que houve a derrubada de pinheiros às margens do Rio Caçador e que inclusive percebeu-se que a galhada dos pinheiros danificaram a mata ciliar em certos locais (fls. 51/52).

Desta forma, inviável a alegação de ausência de comprovação da materialidade do crime.

Igualmente, também encontra-se evidenciada a autoria do delito por parte dos apelantes, sendo que eles próprios confirmaram o corte das árvores na localidade.

Colhe-se das palavras em juízo do acusado Acadir Cleomar Nardino (fl. 167):

[...] que o interrogando na época dos fatos era funcionário da empresa Comercial Cerâmica Seara Ltda-ME; que esta empresa pertencia ao co-réu Gilmar Antonio Alflen; que o interrogando trabalhava nesta empresa há aproximadamente 10 meses; que o interrogando trabalhava retirando madeira; que confirma que a empresa em que trabalhava, citada acima, foi contratada para fazer a extração de madeira na propriedade de Ilza Maria Messa; que o interrogando não se recorda quantos hectares de madeira teria que cortar nesta propriedade; que havia licença ambiental para a extração da madeira tendo sido esta mostrada ao interrogando pelo proprietário da madeira; que acredita que já estavam trabalhando na área, extraindo a madeira há aproximadamente 10 dias quando lá esteve a policia ambiental; que já havia extraído uma boa quantidade de madeira, não sabendo indicar a quantidade [...] que confirma que estavam extraindo da propriedade pinheiro brasileiro; que a madeira era levada para a madeireira que ficava há aproximadamente 1km do local onde estavam desmatando [...]

No mesmo sentido foram as palavras de Gilmar Antonio Alflen (fl. 87):

[...] que foi procurado pelo denunciado Marcos, o qual apresentou projeto de retirada, sendo que o interrogando celebrou com ele o contrato de compra e venda de madeira; [...] que confirma que os funcionários do interrogando nunca receberam orientação sobre respeitar as APP's porque entrega a eles o projeto de retirada, onde está tudo demarcado; [...]

Sem deixar dúvidas quanto à autoria do crime, expôs Gilceu Valdir Camargo (fls. 149/150):

[...] O interrogando era empregado da empresa ré, Comercial Cerâmica Seara Ltda e obedecendo determinação do seu patrão Gilmar Antonio Alflen, foi até a propriedade da denunciada Ilsa, acompanhado pelo também denunciado Adacir Cleomar Nardino, para a derrubada de pinheiros. Segundo dito por Gilmar Antonio, os réus Ilsa Maria e Marcos Rogério tinham projeto e autorização para a derrubada dos pinheiros. [...] Não lembra quantas árvores foram derrubadas; [...] (fls.149/150).

Ainda, ratificando a prática criminosa, infere-se do depoimento prestado pelo Policial Militar José Augusto Krein (fl. 217):

[...] que à época dos fatos o depoente integrava o 8º Pelotão da Polícia Ambiental; que em razão da denúncia estiveram no local dos fatos e constataram o corte, dentro de aproximadamente 30 metros, cerca de cinco árvores nativas da espécie pinheiro brasileiro, próximas do Rio Caçador; que o corte foi realizado em área de preservação permanente; que o proprietário foi identificado como Marcos Rogério Goulart, pelo que se recorda ele foi chamado até o local; que como o corte ainda estava em andamento, a polícia suspendeu a atividade; que no local estavam realizando o corte Adacir e Gilceu; que a Comercial Cerâmica Seara, é uma serraria e foi contratada pelo Marcos Goulart para realizar o corte das árvores na área; que foi apresentado para a Polícia Ambiental o projeto/plano de corte, mas que respeitava a área de preservação permanente, o que não foi observado no local; que estavam fazendo uso de moto-serra; que lembra que foi apreendida certa quantia de madeira no pátio da empresa, tendo o proprietário Gilmar Alfren ficado como depositário; que já conhecia os denunciados Gilmar, Adacir e Gilceu, em razão de ocorrências

ambientais anteriores aos fatos;[...] que pelo que se recorda, as árvores nativas ficavam dentro de 15 a 30 metros do rio, mas a vegetação danificada ficava até as margens do rio; que pelo que se recorda foi apreendido cerca de 20 a 30 metros cúbicos, de 10 a 12 toras [...]

Desta forma, diante dos depoimentos dos próprios acusados, bem como do policial que efetuou a operação na localidade, inviável o pleito absolutório, devendo assim ser mantida a sentença.

Por fim, requer a defesa a diminuição das penas-bases ao mínimo legal.

Com relação ao acusado Gilceu, sua pena-base restou fixada no patamar mínimo (um ano de detenção).

Com relação aos réus Adacir e Gilmar, assim se manifestou o MM. Juiz *a quo*, respectivamente:

[...] Quanto a culpabilidade é usual a espécie, depreende-se dos autos – ser agente imputável, atuando com dolo ao cortar árvores de área de preservação permanente. No que se refere aos antecedentes, o réu coleciona péssimos antecedentes, sendo infrator contumaz em crimes ambientais (fls.249). A conduta é comprometedora, ante a sua incapacidade em manter convívio harmônico com a natureza e à vista das duas outras ações penais em andamento. Sua personalidade é mal formada, propensa à atingir o meio ambiente. Os motivos são egoísticos porquanto visam lucrar em detrimento da natureza. As circunstâncias do crime são próprias do tipo penal e as conseqüências irreparáveis e o comportamento das vítimas em nada concorreu para a prática do delito.

Neste termos, fixo a pena-base acima do mínimo legal, ou seja, em 01 (um) ano e 06 (seis) meses de detenção. [...]

E:

[...] Os elementos da culpabilidade estão presentes, pois é maior de 18 anos e mentalmente são, dispondo de perfeita consciência da ilicitude de sua ação, sabendo ou devendo saber que atuava contrariamente ao direito, mas é normal à espécie. O réu possui antecedentes, conforme fls. 259/260, sendo indiciado em outras condutas contrárias à ordem jurídica. A conduta não é das melhores, vez que demonstra irracio-

nalidade diante do meio ambiente. Sua personalidade é do homem comum. Os motivos, são reprováveis e egoísticos. As circunstâncias, foram regular ao crime perpetrado. As conseqüências foram danosas e o comportamento da vítima em nada contribuiu.

Isto considerado, fixo a pena-base acima do mínimo legal, ou seja, em 01 (um) ano e 06 (seis) meses de detenção e 30 (trinta) dias-multa, no valor de um trigésimo do salário mínimo, vigente à época dos fatos. [...]

De início, para ambos acusados, vê-se que os motivos ensejadores da avaliação negativa dos antecedentes criminais não se mostram idôneos para tal fim, uma vez que inexistente certificação de condenação com trânsito em julgado.

A respeito da matéria, aduz a Súmula 444 do Superior Tribunal de Justiça que, *in verbis*, “É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base”.

Valendo-se do teor da citada súmula, inviável ainda a consideração da conduta social dos acusados, haja vista a impossibilidade de utilização de ações penais em andamento para tal fim.

Outrossim, não deve ser valorada negativamente a personalidade do acusado Adacir, haja vista a inexistência de laudo técnico para tal fim.

Neste sentido, colhe-se de julgado deste egrégio Tribunal de Justiça:

APELAÇÃO CRIMINAL – FURTO QUALIFICADO PELO ROMPIMENTO DE OBSTÁCULOS (CP, ART. 155, § 4º, I) – MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS – APREENSÃO DA RES FURTIVA EM PODER DO RÉU – DEPOIMENTOS DAS TESTEMUNHAS CONDIZENTES COM A REALIDADE DOS AUTOS – RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO DO ACUSADO DURANTE O INQUÉRITO POLICIAL – ABSOLVIÇÃO INVIÁVEL. [...]

I – Em não havendo nos autos elementos que atestem como grave a culpabilidade do réu, haja vista não restar demonstrado que as

circunstâncias pessoais e fáticas assim devem fazer presumir, não se justifica a majoração de pena em relação a esta circunstância judicial.

Da mesma forma, não há falar em personalidade desabonadora uma vez inexistente laudo técnico que condua pelo desvio de ordem psíquica, no sentido de que seja voltada à prática delitiva.

[...] (Apelação Criminal n. 2009.013570-2, rela. Desa. Salete Silva Sommariva, j. em 24/11/2009) (grifo nosso)

Com relação às consequências do crime, foram normais à espécie, não havendo que se falar também em consideração do comportamento da vítima.

Por fim, não se justifica a majoração em virtude dos motivos do crime, por terem os réus o praticado visando lucro, uma vez que utilizou-se o Magistrado da circunstância agravante prevista no art. 15, II, *a*, da Lei 9.605/98:

Art. 15. São circunstâncias que agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:

[...]

II - ter o agente cometido a infração:

a) para obter vantagem pecuniária;

[...]

Desta forma, inviável o aumento da pena-base pelo mesmo motivo, sob pena de incorrência em *bis in idem*.

Pelo exposto, com razão a defesa no tocante à diminuição das penas-base dos réus Adacir e Gilmar ao mínimo legal.

Assim, aumentadas as penas na segunda fase da dosimetria da pena em 02 (dois) meses pela agravante prevista no art. 15, II, *a*, da Lei 9.605/98, e diminuídas em 03 (três) meses em virtude da atenuante prevista no art. 14, IV, do mesmo diploma legal, inexistindo ainda causas de aumento ou diminuição de pena, devem as mesmas serem fixadas definitivamente no

mínimo legal, qual seja, 01 (um) ano de detenção, bem como 10 (dez) dias-multa para o acusado Gilmar.

Frise-se que, a teor da Súmula 231 do STJ, “a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”.

Destarte, voto pelo parcial provimento do recurso interposto, alterando-se as reprimendas impostas aos réus Gilmar e Adacir para, respectivamente, 01 (um) ano de detenção e 10 (dez) dias-multa, e 01 (um) ano de detenção, mantendo-se ainda a substituição das penas corporais por penas restritivas de direito.

DECISÃO

Ante o exposto, a Câmara dá parcial provimento ao recurso interposto, alterando as reprimendas impostas aos réus Gilmar e Adacir para, respectivamente, 01 (um) ano de detenção e 10 (dez) dias-multa, e 01 (um) ano de detenção, mantendo a substituição das penas corporais por penas restritivas de direito.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Souza Varella, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Rui Fortes. Funcionou pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Sérgio Antonio Rizelo.

Florianópolis, 18 de janeiro de 2011.

Newton Varella Júnior
RELATOR

Apelação Criminal n. 2009.063536-7, de Xaxim

Relator: Des. Newton Varella Júnior

APELAÇÃO CRIMINAL. JÚRI. CONDENAÇÃO DE UM DOS RÉUS PELA PRÁTICA DE HOMICÍDIO SIMPLES PRIVILEGIADO E DE OUTRO POR HOMICÍDIO QUALIFICADO PELO MOTIVO TORPE.

RECURSO DA ACUSAÇÃO AMPARADO NO ART. 593, III, ALÍNEAS “A”, “C” E “D”, DO CPP.

NULIDADE POSTERIOR À PRONÚNCIA POR INDEVIDA MANIFESTAÇÃO DA DEFESA DE UM DOS RÉUS EM PLENÁRIO. ADVOGADO QUE PRESTOU TESTEMUNHO PESSOAL DO CASO. GRAVE IRREGULARIDADE. PRODUÇÃO DE PROVA NOVA QUE INVIABILIZOU O CONTRADITÓRIO MOMENTÂNEO. PREJUÍZO DEMONSTRADO. REGISTRO NA ATA DE JULGAMENTO. ACOLHIMENTO DA NULIDADE DO JULGAMENTO EM RELAÇÃO AO ACUSADO RECORRIDO.

ALEGAÇÃO DE NULIDADE DO JULGAMENTO POR TER SIDO A DECISÃO DOS JURADOS EM RELAÇÃO AO MESMO RÉU MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. RECONHECIMENTO DE HOMICÍDIO PRIVILEGIADO. VEREDICTO POPULAR QUE NÃO ENCONTRA SUPORTE NO CONJUNTO PROBATÓRIO. NULIDADE DO JULGAMENTO PARA DETERMINAR QUE OUTRO SEJA OPORTUNAMENTE REALIZADO.

PREJUDICADO O INCONFORMISMO SUSTENTADO NA ALÍNEA “C” DO ART. 593, III, DO CPP.

PLEITO RECURSAL CONHECIDO E PROVIDO.

RECURSO DA DEFESA

ALEGAÇÃO DE NULIDADE DO JULGAMENTO COM FULCRO NO ART. 593, III, “D”, DO CPP. NÃO ACOLHIMENTO DA TESE DEFENSIVA DE PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA. RECORRENTE QUE PRESTOU APOIO MORAL AO EXECUTOR DOS TIROS. COOPERAÇÃO CRIMINOSA QUE ENCONTRA APOIO NOS DEPOIMENTOS TESTEMUNHAIS. DECISÃO ILIBADA.

PRETENDIDA NULIDADE POR NÃO TER SIDO RECONHECIDA EM RELAÇÃO AO APELANTE O DOMÍNIO DE VIOLENTA EMOÇÃO, LOGO APÓS INJUSTA PROVOCÇÃO DA VÍTIMA. INOVAÇÃO. TESE QUE NÃO FOI APRESENTADA NOS DEBATES EM PLENÁRIO E QUE, CONSEQUENTEMENTE, NÃO FOI SUBMETIDA À APRECIÇÃO DO CONSELHO DE SENTENÇA. INOPORTUNIDADE.

RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2009.063536-7, da Comarca de Xaxim (Vara Única), em que são apelantes/apelados A Justiça, por seu Promotor e Leonir Tavares Toledo, e apelado Derli Pereira da Cruz:

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, conhecer e prover o recurso da acusação para anular o julgamento realizado no dia 05/06/2009 em relação ao réu Derli Pereira da Cruz, que deverá ser submetido a novo júri, e conhecer parcialmente e negar provimento ao recurso do réu Leonir Tavares Toledo. Custas legais.

RELATÓRIO

Derli Pereira da Cruz e Leonir Tavares Toledo foram submetidos a julgamento perante o Tribunal do Júri da Comarca de Xaxim, realizado no

dia 05/06/2009, oportunidade em que restaram condenados pelo Conselho de Sentença. Diante disso, o Juiz de Direito Presidente da sessão impôs a Derli o cumprimento da pena privativa de liberdade de 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão, a ser resgatada inicialmente em regime fechado em face da reincidência, por infração ao art. 121, *caput*, e seu § 1º, *c/c* o art. 65, I, ambos do Código Penal; e a Leonir 12 (doze) anos de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime fechado, por infração ao art. 121, § 2º, I, *c/c* o art. 29, *caput*, do Código Penal (fls. 280/281 e fls. 286/287).

O representante do Ministério Público interpôs recurso de apelação em face de Derli Pereira da Cruz, com fulcro no art. 593, III, alíneas “a” e “d”, do CPP (fl. 282), bem como na alínea “c” do mesmo dispositivo contra decisão prolatada em embargos de declaração (fl. 289). Alega, com base no art. 593, III, “c”, do CPP, que houve erro ou injustiça na aplicação da pena, por ter sido graduada a redução de 1/3 (um terço) da reprimenda, máximo previsto em lei, sem qualquer justificativa, ante a gravidade da infração perpetrada, a fixação da pena-base acima do mínimo legal, reconhecendo-se que os antecedentes são desabonadores, circunstâncias que inviabilizam a diminuição da pena no grau máximo, não fosse ainda a desproporção entre as declarações da vítima e a conduta criminosa do réu (fls. 290/294).

Com apoio no art. 593, III, “a” e “d”, sustenta ocorrência de nulidade posterior à pronúncia, uma vez que o defensor do acusado Derli ter prestado testemunho pessoal durante os debates, fazendo afirmação de circunstâncias que teriam antecedido o crime, insinuando suposto envolvimento afetivo entre Leandra Beijas e Orides Rosa de Oliveira, bem como entre Laudair Beijas e a companheira da vítima, Cleonice Horst de Moraes, no sentido de desacreditar duas das principais testemunhas da acusação, Leandra e Laudair, bem como visando abalar a certeza de que o crime fora cometido por motivo torpe. Diz que tais circunstâncias não encontram nenhum respaldo no acervo probatório, contudo resultou no

reconhecimento do homicídio privilegiado. Afirma, ainda, que a decisão dos jurados é manifestamente contrária à prova dos autos, diante do reconhecimento do homicídio privilegiado, já que totalmente dissociada do contexto probatório, porquanto o privilégio previsto no § 1º do art. 121 do CP “requer a demonstração de que o móvel do agente foi um ímpeto incontrollável, decorrente de uma afronta da parte da vítima, bem como que a resposta do agente se dê de pronto, imediatamente”, o que não foi comprovado no caso dos autos, que não revelam qualquer excitação de sentimento demonstrada pelo apelado Derli e nem permite concluir que a provocação por parte da vítima tenha sido injusta, não fosse ainda o tempo decorrido entre o encontro com a vítima e a prática do crime, tendo em vista que a dita “humilhação” pública teria ocorrido por volta das 19 ou 20h, enquanto o crime foi praticado em torno das 23h (fls. 290/302).

Leonir Tavares Toledo igualmente recorre, com fulcro no art. 593, III, “d”, do CPP, alegando que a decisão dos jurados foi manifestamente contrária à prova dos autos, se insurgindo contra o reconhecimento da qualificadora do motivo torpe e a negativa de que teve participação de menor importância para a concretização do delito. Diz que houve injustiça na decisão, pois entre a provocação da vítima e a conduta do réu Derli decorreu cerca de 2 horas, mas que para este foi reconhecida a figura do homicídio privilegiado, enquanto que entre a provocação da vítima e o fato do recorrente ter seguido o corréu decorreu 15 ou 20 minutos, sem que lhe fosse estendida a figura prevista no § 1º do art. 121 do CP. Pede a nulidade do julgamento (fls. 309/311).

Nas contrarrazões ao recurso da acusação, o recorrido Derli defende a rejeição de todas as razões apresentadas no apelo, sob pena de afronta ao princípio da soberania dos veredictos, além de sustentar que a decisão dos jurados encontra respaldo na prova produzida nos autos, uma vez provado que o réu se sentiu injustiçado pelas acusações proferidas pela vítima, além

de estar sendo ameaçado por esta. Afirma que a aplicação da pena foi justa e adequada (fls. 314/324).

Nas contrarrazões ao recurso do réu, a representante da acusação defende a manutenção do julgamento, dizendo que a condenação nos moldes proferidos encontra apoio em versão demonstrada no feito (fls. 331/334).

Os autos ascenderam a esta instância, tendo a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer subscrito pelo Dr. Humberto Francisco Scharf Vieira, opinado pelo conhecimento de ambos os recursos, pelo provimento do apelo da acusação e pelo improvimento do da defesa de Leonir Tavares Toledo (fls. 340/347).

VOTO

O recurso da acusação deve ser conhecido, por preencherem os pressupostos legais exigidos à sua admissibilidade, enquanto que o recurso da defesa de Leonir deve ser conhecido somente em parte.

Recurso da Acusação

O órgão acusador pleiteia, em síntese, com relação ao art. 593, III, “a”, do CPP, pelo reconhecimento de nulidade posterior à pronúncia, por ter o defensor de Derli Pereira da Cruz, durante os debates, prestado depoimento pessoal sobre as circunstâncias do crime, especificamente sobre eventual caso amoroso existente entre Leandra Beijas e a vítima e entre Laudair Beijas e a esposa da vítima, o que, contrariando a prova dos autos, posteriormente ensejou o reconhecimento do privilégio previsto no § 1º do art. 121 do Código Penal pelo Conselho de Sentença, pelo que pede também a nulidade por ter sido a decisão dos jurados contrária à prova dos autos, agora com base no art. 593, III, “d”, do CPP. Sucessivamente, com fulcro no art. 593, III, “c”, do CPP, requer a redução ao patamar mínimo da causa de especial diminuição da pena, no que tange ao reconhecimento do homicídio privilegiado.

Com razão o representante do Ministério Público no que diz respeito à alínea “a” e à “d”, do Código de Processo Penal, prejudicado o inconformismo no tocante à súplica fundamentada na letra “c” do mesmo diploma legal.

Pela alínea “a” é apontada violação à vedação de as partes, durante a explanação de suas teses, prestarem depoimento pessoal a respeito de fatos ligados direta ou indiretamente ao caso em julgamento, uma vez que tal conduta se revela prova nova capaz de surpreender a parte contrária e inviabilizar o contraditório.

Relata a recorrente que o advogado de defesa de Derli Pereira da Cruz, durante o espaço dos debates, prestou depoimento pessoal que desacreditou os depoimentos das duas principais testemunhas de acusação, Laudair Beijas (fls. 254/255) e Leandra Beijas Antunes (fls. 262/263), tendo sido consignado em ata que:

Durante o período de defesa do réu Derli Pereira da Cruz, o Ministério Público consignou que foi feito depoimento pessoal do defensor no que se refere à existência de caso amoroso entre Leandra e a vítima Orides, e entre Laudair Beijas e a esposa de Orides. (fl. 278).

Em exame minucioso dos depoimentos prestados pelas citadas testemunhas de acusação, verifica-se que não lhes foi efetuado qualquer questionamento acerca de possível envolvimento amoroso com a vítima e sua esposa, bem como em nenhuma das oportunidades em que foram ouvidas, inclusive no plenário do julgamento, houve impugnação ao compromisso legal por elas prestado.

Ora, se havia alguma informação acerca dos apontados casos afetivos, o mínimo que a defesa deveria ter feito era contestar a promessa feita pelas testemunhas no sentido de dizerem somente a verdade e, posteriormente, tê-las inquirido sobre esse possível envolvimento, já que tal fato poderia torná-las suspeitas. Como nenhuma das duas providências foram tomadas, não há dúvida de que a afirmação efetuada durante a explanação da tese

defensiva pegou a acusação de surpresa e impossibilitou o contraditório, principalmente porque realizada após a tomada dos depoimentos testemunhais.

A representante ministerial sustenta que a declaração da defesa, além de causar surpresa à acusação, induziu os jurados em erro, influenciando diretamente a decisão que reconheceu a figura do homicídio privilegiado pelo Conselho de Sentença, o que deve resultar na nulidade do julgamento.

Com razão a recorrente, pois a afirmação notoriamente causou descrédito aos citados testemunhos, circunstância que, inclusive, culminou no reconhecimento da prática do homicídio qualificado privilegiado.

A propósito, extrai-se da obra “O Novo Júri Brasileiro”, doutrina e jurisprudência a respeito da suscitada nulidade, nos seguintes termos:

O Tribunal de Justiça de São Paulo já firmou posição:

‘O advogado que, ao defender o réu perante o Tribunal do Júri atesta fatos, como testemunha pessoal do caso, e assim produz prova inédita no feito, determina, com sua atuação anômala, do ponto de vista da oportunidade da prova, grave irregularidade, que acarreta a nulidade do julgamento, por ficar a acusação posta na conjuntura em irremediável surpresa.

Adriano Marrey, Alberto Silva Franco e Rui Stocco ilustram:

Noutro processo, em que o defensor do réu dissera, em Plenário, que ‘sabia que, momentos antes do crime, a vítima estava em colóquio amoroso com a irmã do réu’, a 2ª instância, em grau de recurso, considerou que, dessa forma, a defesa técnica assumira posição de testemunha, em um ‘misto de defensor e de testemunha, figura híbrida não aceita por nossa sistemática e a afirmação feita representava relato com manifesta intenção de influenciar os jurados. Foi anulado o julgamento. (TJSP – Apelação Criminal 124.278, 3ª c., j. 23.12.1974) (Walfredo Cunha Campos, São Paulo: Editora Primeira Impressão, 2008, p. 211/212)

No mais, constata-se que o registro do protesto em ata foi oportuno, porque realizado logo após o término da sustentação oral da defesa

do réu Derli Pereira da Cruz, ou seja, tão logo tenha se encerrado o ato procedimental, de modo que outra solução não se afigura correta senão reconhecer e declarar a ocorrência de nulidade posterior à pronúncia, na forma preconizada no art. 593, III, “a”, do Código de Processo Penal, pois, consoante o brocardo francês *pas de nullité sans grief*, deve ser reconhecida a nulidade processual se dela resultar prejuízo a um dos litigantes. Tal linha de pensamento é adotada por nossa legislação processual penal, pois, no art. 563 da *lex instrumentalis*, estabelece que: “nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa”, o que é o caso dos autos, dado o evidente cerceamento do exercício do contraditório e da ampla defesa à acusação.

A pretensão recursal, amparada no art. 593, III, “d”, do Código de Processo Penal, visando a nulidade do julgamento por ser a decisão manifestamente contrária à prova dos autos, igualmente deve prosperar, porquanto, consoante ponderou a representante do Ministério Público, não se evidenciam nos autos quaisquer provas que respaldem a figura do homicídio privilegiado sustentado durante os debates orais.

A jurisprudência pacificamente esclarece que o advérbio “manifestamente”, contida no art. 593, III, alínea “d”, do Código de Processo Penal, ficará evidenciada se a decisão do Conselho de Sentença for totalmente dissociada do conjunto probatório produzido nos autos. Além disso, é entendimento doutrinário e jurisprudencial que o princípio da soberania dos veredictos do tribunal do júri, previsto no art. 5º, XXXVIII, “d”, da Constituição da República, não implica em imutabilidade das decisões dos jurados formadores do Conselho de Sentença.

A propósito:

... Decisão manifestamente contrária à prova dos autos é aquela que não tem apoio em prova alguma, é aquela proferida ao arrepio de tudo quanto mostram os autos. (JTJ 198/307)

No caso, segundo relata a peça acusatória, o acusado Derli Pereira da Cruz, ora recorrido,

“... e Leonir Tavares Toledo, previamente ajustados e unindo esforços para a consecução de um fim comum, qual seja ceifar a vida de Orides Rosa de Oliveira, prepararam uma emboscada para a vítima, aguardando-a abaixados em uma esquina da rua Pergentino Alberici, em Entre Rios, nesta Comarca.

Assim que avistaram Orides Rosa de Oliveira, que naquele momento se fazia acompanhar de Laudair Beijas, os denunciados saíram de seu esconderijo e Derli Pereira da Cruz efetuou diversos disparos de arma de fogo contra eles, atingindo aquele quatro vezes e causando os ferimentos descritos no Laudo Pericial de fl. 5 do Inquérito Policial, que foram a causa eficiente de sua morte.

No que se refere a Laudair Beijas, o resultado morte não se verificou por circunstâncias alheias à vontade dos denunciados, não sendo ele atingido por nenhum dos disparos por puro acaso, caracterizando o que a doutrina convencionou chamar de tentativa branca.

De registrar, ainda, que Leonir Tavares Toledo concorreu efetivamente para a prática do crime, notadamente ao permanecer durante todo o tempo ao lado do autor dos disparos, inclusive no período de tocaia à vítima, emprestando a Derli Pereira da Cruz apoio com sua presença encorajadora, incentivando-o a executar o grave delito, sendo sua participação decisiva para o evento letal.

Cumprir notar, igualmente, que o homicídio de Orides Rosa de Oliveira foi cometido por motivo torpe, mais especificamente, por vingança, em razão de um desentendimento ocorrido, momentos antes, entre ele e Leonir Tavares Toledo, ocasião em que a vítima fatal, ao tomar satisfações sobre tentativas deste de se aproximar da sua esposa, desferiu-lhe dois tapas na cabeça, ofendendo seus brios.

Outrossim, merece relevo a circunstância de os disparos terem sido efetuados contra Orides Rosa de Oliveira e Laudair Beijas de emboscada, em ocasião na qual eles não tinham razões próximas ou remotas para esperar tão grave atitude da parte dos denunciados.

Vale ponderar, finalmente, que embora se tratando de circunstância de ordem subjetiva, a motivação do crime de morte se comunica a Derli Pereira da Cruz, porque ingressou em sua esfera de conhe-

cimento, sendo por ele aceita como razão suficiente para levá-lo a desferir diversos disparos de arma de fogo contra Orides Rosa de Oliveira.

Regularmente processado, o apelado Derli restou pronunciado e posteriormente condenado como incurso nas sanções do art. 121, *caput*, e seu § 1º, do Código Penal, resultando na sanção penal de 04 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente fechado, em face da reincidência, sendo a pena combinada ainda com o art. 65, I, também do CP.

A insurgência ministerial, quanto ao mérito, se dirige ao reconhecimento da figura privilegiada do homicídio.

Do relato dos fatos contidos na denúncia, constata-se claramente que tempos antes do encontro fatal entre o réu Derli e a vítima Orides, este teria discutido e dado uns tapas em Leonir, o qual, apesar de estar junto do recorrido Derli, não teve reconhecido em seu favor a figura do homicídio privilegiado, enquanto que este, sem qualquer razão aparente, teve a aplicação de tal benefício.

O § 1º do art. 121 do Código Penal traz como causa de especial diminuição de pena do homicídio, “se o agente comete o crime impellido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, e o juiz pode reduzir a pena de 1/6 (um sexto) a 1/3 (um terço).”

Para o reconhecimento do homicídio privilegiado, exige-se a presença combinada da ação impelida por violenta emoção, logo em seguida à injusta provocação da vítima (art. 121, § 1º, do CP).

No caso, não ficou evidenciado, e tampouco provado, apesar de ter sido acolhido pelo Júri, a tese de que o agente teria agido sob o manto da figura privilegiada, até porque a ação delitiva foi perpetrada muito tempo depois de o réu Derli ter discutido com a vítima, e depois de a vítima ter

desferido uns tapas na cabeça do réu Leonir, e ao que tudo indica, ambos teriam esperado a vítima em local escondido, em uma esquina.

Assim são as palavras de Laudair Beijas prestadas no plenário do julgamento, onde declarou:

... que no dia dos fatos, por volta das vinte horas e trinta minutos, o depoente presenciou em frente da casa de Francisco Lopes de Lima uma discussão entre Orides e Leonir, sendo que Orides desferiu dos tapas na cabeça de Leonir, sendo que a discussão se deu porque Orides disse que Leonir teria mexido com sua mulher; que posteriormente o depoente permaneceu na companhia de Orides que por volta das dez horas e trinta minutos ambos foram levar a irmã do depoente, Leandra Beijas; que depois de deixarem Leandra em casa, seguiram pela rua Pergentino Alberici, e ao chegarem em uma encruzilhada, o depoente continuou pela rua Pergentino Alberici, em direção a sua casa, e Orides entrou na rua que subia na casa de sua mãe; que quando se separaram e o depoente virou as costas escutou o primeiro tiro, e quando olhou para cima viu o réu Derli estava com o revólver na mão, que estava um pouco escuro mas pôde ver que Leonir estava a cerca de um metro e meio de Derli, que depois escutou mais cinco tiros, que depois de ouvir os tiros o depoente correu mas caiu e percebeu que alguns projéteis passaram perto de sua cabeça, que estava escuro, mas como estava bem perto dos acusados pôde identificá-los, que eles estavam agachados, de tocaia, que depois dos tiros, os réus correram cada um para uma direção diferente, que soube que houve uma discussão entre Derli e Orides no bar do Maicon, cujo motivo seria que Derli disse que faria no peito de Orides um rosário com balas de revólver, que depois o depoente foi socorrer Orides, (fl. 259).

Nos mesmos termos foram as declarações de Leandra Beijas Antunes, tendo afirmado:

... que no dia dos fatos, por volta das 20 horas, a depoente viu Orides desferir dois tapas no réu Leonir, porque Leonir teria desrespeitado a esposa de Orides, que quando a depoente chegou no bar do Maicon soube que Orides e Derli discutiram, não sabendo o motivo; que a discussão no bar foi antes de Orides agredir Leonir, que por volta das 20 horas e 30 minutos Laudair e Orides foram levar a depoente

para casa, que Orides e Laudair deixaram a depoente em casa e seguiram pela rua, e quando a depoente estava tirando o tênis para entrar em casa ouviu seis tiros, e quando estava voltando, descendo para a rua, viu os denunciados correndo para direções diferentes, que quando viu os denunciados estava a cerca de quatro metros deles, sendo que estava escuro; que a casa da depoente ficava em local mais alto que a rua, e quando viu os denunciados a depoente já estava na rua, que a depoente residia com seu irmão Lautair, e Laudair residia com sua mãe, que os tiros ocorreram cerca de três horas depois que houve a discussão ente Orides e Leonir, que quando chegou onde Orides estava, Antonio Valdecir da Silva já estava socorrendo a vítima, sendo que a viatura ainda não estava no local, que Laudair já estava no local, que Laudair nada falou a respeito do que tinha ocorrido ... (fl. 262).

A versão de que o réu Derli teria agido sob o domínio de violenta emoção, logo após injusta provocação da vítima, não pode ser admitida também por força do depoimento prestado pelo Policial Militar Gelsir Felisbino, que relatou em plenário:

... que antes dos fatos, por volta das 22 horas, Leonir esteve na Delegacia e disse que Orides tinha desferido uns tapas nele e colocado Derli para fora quando estavam no bar do Maicon; que depois saiu com a viatura pelas ruas da cidade para localizar Derli e Orides, para verificar o que tinha acontecido, e quando estava entrando na Delegacia escutou seis disparos de arma de fogo, que os disparos ocorreram uma hora a uma hora e meia depois que Leonir esteve na Delegacia, que quando estava saindo da Delegacia Terezinha Beijas estava chegando no local dizendo que Orides havia sido baleado pelo réu Derli; ... (fl. 266).

Ora, as testemunhas acima referidas, inclusive aquelas desacreditadas pela defesa de Derli Pereira da Cruz, foram uníssonas em afirmar que a vítima encontrava-se na residência de Laudair Beijas e que, juntamente com este, após acompanhar sua irmã Leandra Beijas até sua casa, seguiram caminho e, ao chegarem em uma encruzilhada e se afastarem alguns metros, foi alvejada pelo réu Derli, que se encontrava com um revólver na mão, junto com Leonir, abaixado em um local escuro, de modo que, ao que

tudo indica, naquele momento, não houve reação a injusta provocação, discussão ou ameaças por parte do ofendido, que veio a óbito.

Há que se frisar, por oportuno, que o fato criminoso ocorreu após o réu Leonir ter se deslocado até a Delegacia de Polícia para registrar que teria sido agredido pela vítima, sendo que somente após este episódio os réus foram ao encontro de Orides e ficaram aguardando passar pela rua.

No próprio interrogatório, o recorrido Derli revela:

... que no dia dos fatos, por volta das vinte horas e trinta minutos, o interrogando foi até o bar do Maicon, onde também estava a vítima Orides acompanhado de Lautair Beijas, sendo que Orides estava jogando sinuca e disse que se o interrogando dissesse alguma coisa levaria uma tacada e que iriam se encontrar para se acertarem; que o interrogando ficou quieto e saiu do local dirigindo-se ao Ginásio; que Orides era primo segundo do interrogando, e não sabe porque queria agredir; que morou com Orides em Blumenau e sempre teve bom relacionamento, e somente naquele dia Orides quis agredí-lo; que nunca mexeu com a mulher de Orides, a qual residia na mesma casa em Blumenau; ... (fl. 269).

Ora, tal fato foi o suficiente para a defesa de Derli invocar em plenário a tese do homicídio privilegiado, que ocorreu por volta das 23 horas, segundo relata a peça acusatória.

Não diverge o interrogatório prestado por Leonir, que disse:

... que soube por intermédio de Orides que ele no mesmo dia atropelou o denunciado Derli do bar do Maicon; [...] que Orides deu dois tapas no interrogando porque alguém disse que ele estava mandando recado para a mulher dele; [...] que foi agredido na frente da casa de Francisco por volta das vinte horas; que na delegacia solicitou ao policial Gelcir tomasse providências e ele disse que era para ele registrar a ocorrência na terça-feira, quando o policial civil estaria no local, sendo que depois o policial Gelcir saiu com a viatura a procura de Orides ... (fl. 271).

Verifica-se, portanto, que a versão adotada pelo Conselho de Sentença com relação ao réu Derli não encontra amparo nos elementos de prova, configurando tese isolada do contexto probatório.

Nas palavras de Guilherme de Souza Nucci:

O agente que, emocionado, comete um delito responde normalmente pelo seu ato. No máximo, quando essa emoção for violenta e provocada por conduta injusta da vítima, pode receber algum benefício (privilégio ou atenuante). Lembremos que a emoção é controlável, logo, quando alguém, violentamente emocionado agri-de outra pessoa, podemos invocar a teoria da *actio libera in causa*. Confira-se a lição de Narcelio de Queiroz: “Se o delito resultou de um estado emocional que podia ter sido evitado e só foi possível pela falta de disciplina do agente, da ausência de *self-control* – não pode haver dúvida de que o ato por ele praticado possa ser, de certa maneira, considerado como voluntário na sua causa. E a punição dos crimes assim praticados, num estado de perturbação emocional, deve encontrar a sua justificação, não na chamada responsabilidade objetiva, ou legal, mas na teoria da *actio libera in causa*” (Teoria da *actio libera in causa*, p. 77). (In Código Penal Comentado, 8ª ed., atual. e ampli., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 281)

No caso, o que efetivamente se deve levar em consideração na análise das razões recursais é se a versão acolhida pelo veredicto do Júri Popular encontra ou não respaldo na prova amealhada nos autos. Assim, juridicamente relevante para o julgamento do presente recurso é saber se o acolhimento da tese defensiva aqui impugnada, sob o argumento de que a decisão fere a prova dos autos, é capaz de resultar nulidade do julgamento efetuado pelo Tribunal Popular da Comarca de Xaxim.

Invocada a nulidade por ter sido reconhecida a figura do homicídio privilegiado em versão sustentada unicamente nas palavras da defesa do réu e constatado que tal interpretação não encontra apoio na prova dos autos, já que o crime, à toda evidência, não foi perpetrado sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima,

mostra-se plenamente admissível possa este Tribunal, em sede de apelação amparada no art. 593, III, “d”, do Código de Processo Penal, declarar a nulidade do julgamento, por ter sido a decisão manifestamente contrária à prova dos autos, ou seja, por ela estar dissociada de toda e qualquer evidência probatória.

Não se trata de oferecer aos jurados vertentes alternativas da verdade dos fatos, fundadas pelo conjunto da prova, e sim de veredicto divorciado dos elementos de prova coligidos aos autos.

Nesse sentido, colhe-se lição de Julio Fabbrini Mirabete:

A final, o art. 593, III, “d”, prevê a apelação para a decisão do Tribunal do Júri quando a decisão dos jurados for manifestamente contrária a prova dos autos. Trata-se de hipótese em que se fere justamente o mérito da causa, em que o *error in iudicando* é reconhecido somente quando a decisão é arbitrária, pois se dissocia integralmente da prova dos autos determinando-se novo julgamento. Não se viola, assim, a regra constitucional da soberania dos veredictos. Não é qualquer dissonância entre o veredicto e os elementos de convicção colhidos na instrução que autorizam a cassação do julgamento. Unicamente, a decisão dos jurados que nenhum apoio encontra na prova dos autos é que pode ser invalidada. É lícito ao Júri, portanto, optar por uma das versões verossímeis dos autos, ainda que não seja eventualmente essa a melhor decisão. (*In* Código de processo penal interpretado, 11. ed., São Paulo, Atlas, 2003, págs. 1487 e 1488)

Oportuno é o entendimento jurisprudencial sobre o assunto:

... Decisão manifestamente contrária à prova dos autos é aquela que não tem apoio em prova alguma, é aquela proferida ao arrepio de tudo quanto mostram os autos (JTJ 198/307). (*In* Julio Fabbrini Mirabete, Código de Processo Penal Interpretado, 10a. ed., São Paulo: Ed. Atlas, 2003, p. 1.483/1.484)

Guilherme de Souza Nucci, sobre o homicídio privilegiado, traz lição esclarecedora, afirmando que:

... a emoção, na lição de Hungria, “é um estado de ânimo ou consciência caracterizado por uma viva excitação do sentimento”,

podendo levar alguém a cometer um crime. Configura a hipótese do homicídio privilegiado, quando o sujeito está dominado pela excitação dos seus sentimentos (ódio, desejo de vingança, amor exacerbado, ciúme intenso) e foi injustamente provocado pela vítima, momentos antes de tirar-lhe a vida. As duas grandes diferenças entre o privilégio e a atenuante (art. 65, III, c, CP): a) para o privilégio exige a lei que o agente esteja dominado pela violenta emoção e não meramente influenciado, como mencionado no caso da atenuante; b) determina a causa de diminuição de pena que a reação à injusta provocação da vítima se dê logo em seguida, enquanto a atenuante nada menciona nesse sentido. Portanto, estar tomado pela emoção intensa, causada pela provocação indevida do ofendido, pode provocar uma resposta imediata e violenta, terminando em homicídio. A causa especial de diminuição da pena é reconhecida, tendo em vista que o ser humano não pode ser equiparado a um fria máquina, que processa dados ou informações, por piores que eles sejam, de modo retilíneo ou programado. “Trata-se, pois, de um estado psicológico que não corresponde ao normal do agente, encontrando-se afetadas a sua vontade, a sua inteligência e diminuídas as suas resistências éticas, a sua capacidade para se conformar com a norma” (Amadeu Ferreira, Homicídio privilegiado, p. 63). (Ob. cit., p. 580/581).

Segundo Néelson Hungria:

... emoção é um estado de ânimo ou de consciência caracterizado por uma viva excitação do sentimento. É uma forte e transitória perturbação da afetividade, a que estão ligadas certas variações somáticas ou modificações particulares das funções da vida orgânica (pulsar precípito do coração, alterações térmicas, aumento da irrigação cerebral, aceleração do ritmo respiratório, alterações vasomotoras, intensa palidez ou intenso rubor, tremores, fenômenos musculares, alteração das secreções, suor, lágrimas etc.).” (*In* Comentários ao Código Penal, v. 1, p. 367)

Comprovado que o desfecho acima teria ocorrido pelo menos duas horas depois de dois pequenos desentendimentos travados entre agressores e vítima, e que o executor e o corréu ficaram à espreita desta, não se evidencia nenhuma circunstância capaz de justificar a forte alteração de

ânimos por provocação injusta da vítima imediatamente antes do cometimento do crime.

A pretensão recursal deve ser acolhida também neste ponto, por ser manifestamente contrária à prova dos autos a decisão popular que acolhe uma das teses defendidas em plenário, sem qualquer base no conjunto probatório existente, restando prejudicada a aspiração sucessiva amparada na letra “c” do art. 593, III, do Código de Processo Penal.

Recurso do réu Leonir

Por outro lado, o inconformismo manifestado pelo réu Leonir, no que se refere ao não acolhimento pelo júri da tese defensiva de participação de menor importância, bem como por não lhe ter sido reconhecido o estado de violenta emoção após injusta provocação da vítima, configurador do homicídio privilegiado, não comporta acolhimento.

O recorrente sustenta que se limitou a acompanhar o corréu Derli, quando este efetuou os disparos de arma de fogo, pelo que teve participação de menor importância no desenrolar fático delitivo. Argui também que, segundo o depoimento da testemunha Leandra, entre o desentendimento de Derli com a vítima e a prática do crime decorreu um espaço de tempo de aproximadamente 2 (duas) horas, enquanto que entre a discussão que manteve com a vítima e o desfecho trágico não se passaram mais do que 20 (vinte) minutos, de modo que também fazia jus ao reconhecimento da figura privilegiada no cometimento do delito de homicídio.

Com relação à segunda alegação, no que diz respeito à tese de que o recorrente também teria agido sob o domínio de violenta emoção, logo após injusta provocação da vítima, verifica-se que se trata de tese não sustentada pelo defensor do réu em plenário, durante os debates, de modo que sequer houve quesito a respeito formulado aos jurados, tampouco houve impugnação e registro na ata de julgamento.

Cumprir esclarecer que o réu, ora apelante, foi condenado pela prática de homicídio qualificado pelo motivo torpe (art. 121, § 2º, I, do CP), sendo-lhe aplicada a pena privativa de liberdade de 12 (doze) anos de reclusão, a ser cumprida inicialmente no regime fechado.

De acordo com o que preceitua o art. 483 do CPP, na nova redação atribuída pela Lei n. 11.689/2008, a quesitação abordará, inicialmente, a materialidade do fato e, em seguida, a autoria ou a participação, bem como as demais causas de diminuição de pena alegadas pela defesa, e as circunstâncias qualificadoras ou causas de aumento de pena reconhecidas na pronúncia ou em decisões posteriores que julgarem admissível a acusação.

Ainda sobre a quesitação e votação pelos jurados, estabelece o art. 482, *caput* e parágrafo único, do CPP:

Art. 482. O Conselho de Sentença será questionado sobre matéria de fato e se o acusado deve ser absolvido.

Parágrafo único. Os quesitos serão redigidos em proposições afirmativas, simples e distintas, de modo que cada um deles possa ser respondido com suficiente clareza e necessária precisão. Na sua elaboração, o presidente levará em conta os termos da pronúncia ou das decisões posteriores que julgaram admissível a acusação, do interrogatório e das alegações das partes.

Portanto, tendo sido respeitada a ordem disposta no art. 483 do Código de Processo Penal, não há que se falar em nulidade do julgamento, porquanto a pretensão recursal ora manifestada sequer foi suscitada durante os debates plenário de julgamento, a despeito da explanação ter sucedido a sustentação oral da defesa do réu Derli, que apresentou a tese do homicídio privilegiado e postulou a formulação de quesito específico.

Configura inovação de tese em recurso exclusivo da defesa quando tal pretensão não foi apresentada em nenhuma das oportunidades em que a parte se manifestou nos autos, nem mesmo foi sustentada oralmente durante os debates em plenário, razão pela qual não foi enfrentada e nem

submetida aos jurados formadores do Conselho de Sentença, restando, portanto, inviável a apreciação do recurso nos termos em que foi aduzido, sob pena de o Tribunal incorrer em vedada supressão de instância.

É de se notar que a ata de julgamento dá conta de que a defesa do recorrente restringiu-se a afirmar que houve participação de menor importância (cf. fl. 278).

Ademais, por tudo que já foi transcrito e relatado, conclui-se que, com relação ao recorrente Leonir, não houve julgamento contrário à prova dos autos, isso porque ficou provado que houve cooperação criminosa de agentes, pois se o apelante não tivesse acompanhado o réu Derli, lhe prestando apoio moral, talvez o crime sequer tivesse sido praticado.

É o que se deflui do disposto no art. 29 e §§, do Código Penal:

Artigo 29 – Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.

§ 1º - Se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço.

§ 2º - Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave.

Consoante remansosa jurisprudência dos nossos tribunais pátrios, para se caracterizar o concurso de agentes, deve existir cooperação na atividade coletiva de que promana o resultado juridicamente relevante.

Colhe-se de precedente do Superior Tribunal de Justiça, embora tratando de crime diverso, que:

... 1. Aplicável a teoria do domínio do fato para a delimitação entre coautoria e participação, sendo coautor aquele que presta contribuição independente, essencial à prática do delito, não obrigatoriamente em sua execução. ... (REsp 1068452/PR, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, j. 02.06.2009, DJe 29.06.2009 – original sem grifo)

É bem verdade que no caso de infração perpetrada em coautoria não se exige seja descrito pormenorizadamente a atuação de cada denunciado; contudo, deve ser a ação individualizada no decorrer da *persecutio criminis in iudicio*, diante da imputação de coautoria, o que se evidencia das provas colacionadas, dando conta de que o recorrente estava na companhia do executor dos tiros, que sabia que este estava armado e que ali permaneceu até o desfecho fatídico, quando, então, ambos empreenderam fuga.

Não houve por parte do recorrente qualquer esboço de ação contrária à conduta do réu Derli, bem como qualquer atitude que impedisse a consumação dos atos praticados, de modo que a prova dos autos demonstra com segurança que o réu executor contou com apoio moral do apelante.

Assim, a decisão dos jurados se pautou em versão que encontra apoio no contexto probatório, havendo exposição circunstanciada de conluio, auxílio ou cooperação voluntária do recorrente.

Assim, embora o Tribunal do Júri seja o juízo natural para apreciar eventual coautoria ou participação por parte do réu na execução de crime doloso contra a vida, no caso, verifica-se que a decisão que reconheceu a coautoria indireta no homicídio duplamente qualificado se harmoniza com os depoimentos das testemunhas, ouvidas tanto na fase policial quanto em juízo, amparam a existência de comunhão de desígnios entre os acusados.

Existindo, portanto, suporte probatório capaz de sustentar o julgamento em relação ao réu Leonir, faz-se necessário manter a decisão proferida pelo Conselho de Sentença do Júri Popular, cuja pena privativa de liberdade ficou no mínimo legal para o tipo penal.

Diante disso, voto pelo conhecimento e provimento do recurso da acusação, para anular o julgamento em relação ao réu Derli Pereira da Cruz, tanto pela alínea “a” quanto pela “d” do art. 593, III, do CPP, devendo o réu Derli Pereira da Cruz ser submetido a novo júri popular, que deverá ser

oportunamente designado, e pelo conhecimento parcial e não provimento do recurso interposto pela defesa de Leonir Tavares Toledo.

DECISÃO

Ante o exposto, a Câmara conhece e dá provimento ao recurso da acusação para anular o julgamento realizado no dia 05/06/2009 em relação ao réu Derli Pereira da Cruz, que deverá ser submetido a novo júri, e conhece parcialmente e nega provimento ao recurso do réu Leonir Tavares Toledo.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Rui Fortes, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Hilton Cunha Júnior. Funcionou pela douta Procuradoria-Geral de Justiça a Exma. Sra. Dra. Heloísa Crescenti Abdalla Freire.

Florianópolis, 14 de dezembro de 2010.

Newton Varella Júnior
RELATOR

HABEAS CORPUS

Habeas Corpus n. 2010.044366-5, de Seara

Relatora: Desa.Marli Mosimann Vargas

HABEAS CORPUS. PACIENTE PRESO PREVENTIVAMENTE PELA SUPOSTA PRÁTICA DA CONDUCTA DESCRITA NO ART. 3º, II, DA LEI N. 8.137/90 E DO ART. 325 DO CÓDIGO PENAL, POR OITO VEZES. AUDITOR FISCAL QUE, SEGUNDO A ACUSAÇÃO, POSSIBILITAVA A PASSAGEM DE CAMINHÃO DE CARGA SEM O PAGAMENTO DE ICMS, MEDIANTE O RECEBIMENTO DE VALORES, BEM COMO PASSAVA INFORMAÇÕES ACERCA DOS PONTOS DE FISCALIZAÇÃO.

PRETENDIDA REVOGAÇÃO DA SEGREGAÇÃO CAUTELAR. INVIABILIDADE. DECISÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA, ORDEM ECONÔMICA E INSTRUÇÃO PROCESSUAL. PERSISTÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS DO ART. 312 DO CPP. NECESSIDADE DO ACAUTELAMENTO DO MEIO SOCIAL. PRIMARIEDADE, BONS ANTECEDENTES, RESIDÊNCIA E EMPREGO FIXOS. PREDICADOS SUBJETIVOS QUE, POR SI SÓ, NÃO INVIABILIZAM A MANUTENÇÃO DA PRISÃO CAUTELAR. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NÃO CONFIGURADA. HOMENAGEM, OUTROSSIM, AO PRINCÍPIO DA CONFIANÇA NO JUIZ DA CAUSA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE.

ORDEM DENEGADA.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* n. 2010.044366-5, da Comarca de Seara, em que é impetrante Irio Grolli, sendo paciente Neiro Rosito Borges:

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, conhecer e denegar a ordem.

RELATÓRIO

Cuida-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado pelo advogado Irio Grolli, em favor de Neiro Rosito Borges, denunciado pela suposta prática da conduta delituosa descrita no art. 3º, inc. II, da Lei n. 8.137/90 e art. 325, caput, do Código Penal, ambos por oito vezes, em concurso material (art. 69 do CP) (fl. 64).

Em suma, sustenta não mais perdurar os requisitos legais e necessários à manutenção da prisão cautelar (ordem pública, ordem econômica e instrução do processo), visto que se afastou do trabalho pelo período de três meses em face da licença prêmio concedida, bem como pelo fato de nem mesmo o denominado “chefe da quadrilha”, Euclécio Luiz Pelizza, se encontrar sob custódia.

Cita, ainda, ser primário, portador de bons antecedentes, residência fixa, possuir bens de raiz e família, bem como ter emprego fixo junto a Secretaria de Estado da Fazenda e portador de diploma de conclusão de curso superior. Cita também ser portador de Hiperplasia Prostática, o que lhe obriga o uso contínuo de doxazosina.

Posto isso, afirma que na prisão não há cela especial para portadores de diploma de nível superior, tampouco para portadores de enfermidade.

Por fim, requer seja revogado o decreto segregatório a fim de que possa responder o processo em liberdade, tendo em vista que na hipótese

de condenação cumprirá a reprimenda em regime aberto ou, no máximo, semiaberto.

Indeferida a liminar (fls. 67-68) e prestadas as informações (fls. 72-76), manifestou-se a douta Procuradoria-Geral de Justiça, por intermédio do Dr. Demétrio Constantino Serratine, pela denegação da ordem (fls. 79-81).

Vieram os autos conclusos.

É o relatório necessário.

VOTO

A ordem deve ser denegada.

Em análise aos presentes autos, vislumbra-se que o paciente foi denunciado por suposta infração ao delito tipificado no art. 3º, inc. II, da Lei n. 8.137/90 (crime contra a ordem tributária praticado por funcionário público) e art. 325, *caput*, do Código Penal (violação de sigilo funcional), sendo ambos os delitos praticados oito vezes.

De início, destaca-se que, muito embora a prisão preventiva sacrifique a liberdade individual, ela é decretada em prol do interesse social, justificando-se quando demonstrada a sua necessidade, diante de quaisquer dos requisitos cautelares previstos no art. 312 do Código de Processo Penal, quais sejam, garantia da ordem pública e da ordem econômica, conveniência da instrução criminal ou segurança da aplicação da lei penal, desde que presentes a prova da materialidade do delito e indícios suficientes da autoria.

Da análise detida dos autos, peculiar da cognição do *habeas corpus*, não vislumbro a ocorrência de constrangimento ilegal, eis que suficientemente fundamentado o decreto de prisão preventiva (fls. 13-21) e presentes os requisitos autorizadores da segregação.

A decisão está fundamentada na garantia da ordem pública, da ordem econômica e conveniência da instrução criminal, ambos devidamente deduzidos e calcados em elementos concretos que estão a instruir a ação penal pertinente.

Extraí-se do decreto preventivo (fl. 14), bem como da peça acusatória (fls. 58-66) que mediante a deflagração da “Operação Moccus”, a qual visava dismantelar uma quadrilha especializada na perpetração de crimes contra a ordem tributária, foram apreendidos diversos documentos que comprovam o pagamento de “comissões” ao Auditor Fiscal Neiro Rosito Borges, ora paciente.

Para melhor entender a suposta ação delitiva, vale citar trecho da decisão impugnada, que relata o *modus operandi* do paciente, sendo ele a pessoa quem “informava a quadrilha o dia em que estaria de plantão junto ao Posto Fiscal de Abelardo Luz, possibilitando a passagem de carga de cerdos sem o pagamento de ICMS, mediante o recebimento de valores que giravam entre R\$ 500,00 a R\$ 1.500,00 por carga liberada, quantia que era paga diretamente ao investigado ou depositada na conta bancária de seu amigo íntimo, Sr. Luiz Sérgio Debortolli, com o propósito de camuflar a origem ilícita da pecúnia e ocultar a prática criminoso” (fl. 14).

Em que pese os argumentos expostos pelo impetrante na presente ação, vê-se que a decisão que decretou a prisão preventiva está embasada na presença dos requisitos do art. 312 do CPP, os quais persistem até o momento, cita-se:

[...] resta cristalino que caso o investigado Neiro Rosito Borges permaneça solto durante as investigações estará em jogo: a) a ordem pública, pois encontrará estímulo a continuar exigindo propina de empresários para não realizar seu trabalho, deixando com isto de fiscalizar cargas e cobrar tributos; b) a ordem econômica, uma vez que sua conduta gera prejuízos ao erário público, já que permite a circulação de mercadores sem a cobrança de ICMS; e c) instrução do processo, posto que poderá prejudicar

o andamento do processo administrativo referente a quadrilha chefiada por Euclésio Luiz Pelizza (condição *sine qua non* para a deflagração da ação penal), o qual deu cobertura e proteção aos crimes praticados contra a ordem tributária do referido bando, bem como por ter informações privilegiadas diante do cargo de ocupa, podendo, desta forma, arruinar a produção e colheita de provas que visem sua responsabilização criminal [...] (fl. 17).

Mesmo não havendo cópia do processo na íntegra, visto este possuir mais de quinhentas páginas, os elementos probatórios acostados na decisão proferida pelo juízo singular são capazes de demonstrar indícios suficientes de autoria e materialidade do delito.

Euclécio Luiz Pelizza, empresário investigado por lesar o Fisco Estadual em face da não arrecadação de tributos, admitiu sua relação com o ora paciente, dado que este, em exercício da função pública, permitia a passagem do caminhão de Euclécio sem proceder a devida fiscalização, mediante o pagamento de propina. Tal fato, pelo que se denota foi confirmado por Eloir Pelizza, filho de Euclécio Pelizza e, ainda, pelo seu motorista, Vanderlei Menin, o qual mencionou que no Posto Fiscal havia um fiscal que sempre permitia a passagem, sendo que quando tal funcionário não se encontrava, era orientado a passar por caminho alternativo (fls. 15-16).

Acrescenta-se que o togado *a quo* asseverou que Vanderlei Menin “reconheceu o dito auditor fiscal como sendo o ora investigado Neiro Rosito Borges” (fl. 16).

Não bastando, por meio das informações prestadas pelo Ministério Público (fl. 83), tem-se que Luiz Sérgio Debortolli, amigo íntimo de Neiro Rosito Borges (paciente), confirmou que recebia em sua conta certa quantia a cada três meses, a qual era transferida para Neiro. Colhe-se da declaração de fl. 87 que suspeitava que o numerário “devia ser

algo errado, dinheiro de propinas pagas para passarem pelo Posto Fiscal de Abelardo Luz”.

Nessa breve análise das provas destacadas, facilmente se constata indícios da ocorrência dos crimes, bem como de sua autoria. Salienta-se, desde já, a gravidade do noticiado na denúncia, segundo a qual o paciente teria, em tese, transgredido, por oito vezes, seu dever de lealdade para com a Administração Pública, causando, conseqüentemente, prejuízo ao erário.

Quanto aos pressupostos do art. 312 do CPP, evidente a conservação destes.

Embora o paciente sustente ter se afastado temporariamente do serviço público, não é o bastante para garantia da ordem pública, pois como bem exposto pelo Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, quando do julgamento do recurso de apelação n. 2008.079599-0, “a garantia da ordem pública não tem seu conceito adstrito unicamente à necessidade de se impedir a reiteração da prática criminosa, abrangendo, inclusive, o efetivo resguardo do Poder Judiciário, conforme preconiza Julio Fabbrini Mirabete”:

[...] o conceito de ordem pública não se limita a prevenir a reprodução de fatos criminosos, mas também a acautelar o meio social e a própria credibilidade da justiça em face da gravidade do crime e de sua repercussão. A conveniência da medida deve ser regulada pela sensibilidade do juiz à reação do meio ambiente à prática delituosa (Código de Processo Penal Interpretado. 11. ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 803).

Em caso semelhante o Superior Tribunal de Justiça já decidiu:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. CORRUPÇÃO ATIVA E PASSIVA. ADVOCACIA ADMINISTRATIVA. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE

I - Demonstrando o magistrado, de forma efetiva, as circunstâncias concretas ensejadoras da decretação da prisão preventiva dos pacientes, quais sejam: indícios suficientes de autoria e materialidade do delito e a garantia da ordem pública, esta em razão do *modus operandi* na prática das condutas, valendo-se os pacientes do aparelho estatal, bem como de suas funções públicas – policial civil e policial rodoviário federal - para, em tese, perpetrar diversos crimes contra a Administração Pública, gerando prejuízo ao erário e causando clamor público, tendo sido enfatizados, ainda, o grau de lesividade e a torpeza dos delitos, bem assim a necessidade da manutenção da credibilidade da Justiça. (Precedentes do STF e do STJ).

II - Condições pessoais favoráveis do paciente não tem, por si só, o condão de revogar a segregação cautelar, se o decreto prisional está convincentemente fundamentado (Precedentes). Writ denegado (HC n. 42.734, RJ, Quinta Turma, Min. Felix Fischer, j. 07/06/2005).

Evidente que se solto a ordem pública resta ameaçada, até porque extrai-se dos autos, ainda, que mesmo estando o paciente preso tentou subornar agente prisional na tentativa de conseguir ligação telefônica não autorizada pela autoridade prisional, conforme relatório juntado às fls. 95-96 e denúncia às fls. 97-98 por corrupção ativa.

Nesse ponto, ratifico as palavras do Ministério Público, fazendo, inclusive, como parte integrante deste *decisum* de que “se preso é capaz de corromper servidores públicos, solto, evidentemente, muito mais poderá fazer, como aliás, já demonstravam as interceptações telefônicas” (fl. 83). Assim, vê-se a necessidade de acautelamento do meio social.

Sob o mesmo fundamento, tem-se a necessidade de garantia da instrução criminal, a fim de impedir que obste o regular andamento do feito, bem como a produção das demais provas necessárias a averiguação da prática delitiva, inclusive, dos demais envolvidos.

Da mesma forma, no que tange a garantia da ordem econômica, Guilherme de Souza Nucci leciona sobre a necessidade da prisão preventiva:

Visa-se com a decretação da prisão preventiva, impedir que o agente, causador de seríssimo abalo à situação econômica-financeira de uma instituição financeira ou mesmo de órgão do Estado, permaneçam em liberdade, demonstrando à sociedade a impunidade reinante nessa área.

[...]

Mantém-se o binômio gravidade do delito + repercussão social, de maneira a garantir que a sociedade fique tranquila pela atuação do Judiciário no combate à criminalidade invisível dos empresários e administradores de valores, especialmente os de setor público (Código de processo penal comentado. 8ª ed. 2008, p. 622).

Diante da detalhada informação prestada pelo representante ministerial da comarca de Seara (fl. 84), observa-se que a soma dos tributos sonogados pelo grupo de Euclécio pela suposta omissão funcional do paciente, chega à cifra de R\$ 3.379.357,45, montante consideravelmente elevado, resultando em grande prejuízo aos cofres públicos.

Não bastando, afasta-se a tese de que caso condenado cumprirá a reprimenda no regime aberto, pois se reconhecida a continuidade delitiva na fração máxima quanto ao crime descrito no art. 3º, II, da Lei n. 8.137/90, o qual tem a pena mínima de 3 (três) anos, sua pena será de 5 (cinco) anos de reclusão, o que autoriza a fixação do regime semiaberto.

Outrossim, mesmo em caso de primariedade do paciente e bons antecedentes, bem como a comprovação de endereço e emprego fixos, a custódia cautelar é possível.

Nesse passo é o julgamento desta Corte:

HABEAS CORPUS. PRISÃO EM FLAGRANTE. ROUBO QUALIFICADO (ART. 157, § 2º, INCS. I E II, DO CÓDIGO PENAL).

[...] PEDIDO DE LIBERDADE PROVISÓRIA SOB O ARGUMENTO DE QUE ESTÃO AUSENTES OS REQUISITOS DO ART. 312 DO CPP PARA A MANUTENÇÃO DA PRISÃO. SEGREGAÇÃO DEVIDAMENTE FUNDADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. A GRAVIDADE DO DELITO, BEM COMO O MODUS OPERANDI DO AGENTE, QUE INDICA A SUA PERICULOSIDADE, JUSTIFICAM A MANUTENÇÃO DA SEGREGAÇÃO. AUSÊNCIA DE QUALQUER SEGURANÇA DE QUE SOLTO O PACIENTE NÃO VOLTE A DELINQUIR. APLICAÇÃO, ADEMAIS, DO PRINCÍPIO DA CONFIANÇA DO JUIZ. PREDICADOS SUBJETIVOS POSITIVOS QUE NÃO OBSTAM A MANUTENÇÃO DA CUSTÓDIA. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NÃO VIOLADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INOCORRENTE. ORDEM DENEGADA (HC n. 2009.062346-5, de Chapecó, rel. Des. Alexandre d'Ivanenko, j. 04/11/2009) (grifo nosso).

Pondera-se, ainda, que a manutenção da segregação cautelar tampouco fere o princípio constitucional da presunção de inocência ou do devido processo legal, já que presentes os pressupostos ensejadores da medida, tratando-se de hipótese ressalvada pelo próprio constituinte originário (CF/88, art. 5º, LXI), desde que a decisão esteja fundamentada pela autoridade competente, como ocorreu no caso em questão.

É deste Tribunal:

HABEAS CORPUS – TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO (LEI N. 11.343/2006, ARTS. 33, CAPUT E 35, CAPUT) – PLEITO DE REVOGAÇÃO DA SEGREGAÇÃO CAUTELAR – IMPOSSIBILIDADE – EXISTÊNCIA DO CRIME E INDÍCIOS DE AUTORIA – GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA – EXEGESE DO ART. 312 DO CPP – ALEGADA AFRONTA AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA – INOCORRÊNCIA – ORDEM DENEGADA.

[...] III – A manutenção da custódia cautelar da paciente não fere o princípio constitucional da presunção de inocência, pois devidamente contemplados, no caso em tela, os pressupostos do

art. 312 do Código de Processo Penal, tratando-se de hipótese ressalvada pelo próprio constituinte originário (CF/88, art. 5º, LXI), desde que suas razões venham expressamente fundamentadas pela autoridade competente (HC n. 2009.043479-6, de Itajaí, rel. Des. Salete Silva Sommariva, j. 22/09/2009).

Cumpre lembrar, o princípio da confiança no juiz da causa, que, por estar mais próximo dos fatos e das pessoas envolvidas, melhor pode avaliar a necessidade da providência cautelar.

É entendimento desta Corte:

CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL – *HABEAS CORPUS* – TENTATIVA DE FURTO QUALIFICADO – MANUTENÇÃO DA PRISÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA – PRESSUPOSTOS DO ARTIGO 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL PRESENTES – GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA – PRINCÍPIO DA CONFIANÇA NO JUIZ DO PROCESSO – CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE – ORDEM DENEGADA.

[...] O magistrado, devido à sua proximidade com os fatos, é quem melhor pode avaliar a necessidade da manutenção de custódia provisória. Há que se privilegiar o “princípio da confiança”. (HC n. 2009.002918-6, de Biguaçu, rel. Des. Amaral e Silva, j. 10/02/09).

Por fim, a insurgência referente a cela em que o paciente se encontra no Presídio Regional de Concórdia - haja vista possuir diploma de curso superior - não justifica sua liberação, visto não constar nos autos qualquer informação capaz de demonstrar a situação do referido local. Ademais, em consulta ao SAJ, vê-se que o paciente requereu sua transferência para o Segundo Batalhão da Polícia Militar de Chapecó, estando tal pleito aguardando manifestação do magistrado singular.

Diante do todo o exposto, o voto é no sentido de denegar a ordem.

DECISÃO

Nos termos do voto da relatora, esta Primeira Câmara Criminal, por unanimidade de votos, decidiu conhecer e denegar a ordem.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Des. Rodrigo Collaço e Domingos Paludo.

Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça participou o Exmo. Sr. Procurador Gilberto Callado de Oliveira.

Florianópolis, 17 de agosto de 2010.

Marli Mosimann Vargas
PRESIDENTE E RELATORA

SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL

APELAÇÃO CRIMINAL

Apelação Criminal n. 2009.028339-5, da Capital

Relator: Des. Sérgio Paladino

APELAÇÕES CRIMINAIS. AGENTES QUE ALUGAVAM AUTOMÓVEIS E, APÓS, COMUNICAVAM, FALSAMENTE, O RESPECTIVO FURTO OU ROUBO COMO FORMA DE JUSTIFICAREM A NÃO RESTITUIÇÃO. CONDENAÇÃO POR FURTO QUALIFICADO. PRETENSÃO ALTERNATIVA VISANDO À ABSOLVIÇÃO OU À DESCLASSIFICAÇÃO PARA ESTELIONATO, APROPRIAÇÃO INDÉBITA OU FURTO SIMPLES. PROVAS DA MATERIALIDADE E AUTORIA. CONDUTA QUE SE ENQUADRA NO FATO TÍPICO DEFINIDO NO ART. 171 DO CÓDIGO PENAL. DESCLASSIFICAÇÃO QUE SE IMPÕE.

Comete o delito de estelionato o agente que aluga veículo com o dolo preexistente de assenhorear-se do bem e, após, comunica falsamente o respectivo furto ou o roubo como forma de justificar a sua não restituição, arredando a tese de atipicidade.

“Não há que se confundir o *furto mediante fraude* com a figura do *estelionato*. A confusão reside no fato de que em ambas as figuras o agente se utiliza de ardil, engodo, para apropriar-se do bem. No estelionato, é o próprio dono da coisa que, enganado pelo agente, entrega-lhe voluntariamente o bem [...]. No furto mediante fraude, o agente, através do engodo, burla a vigilância do proprietário e se apodera da coisa, sem o conhecimento dele

[...]. Assim, se a vítima iludida entrega voluntariamente o bem, há estelionato; se a vítima é distraída, e o agente subtrai a coisa, há furto mediante fraude” (Capez, Fernando, Curso de direito penal, v. 2, 8. ed., São Paulo, Saraiva, 2008, p. 418).

Se o conjunto probatório evidencia, com segurança, a autoria e a materialidade do crime de estelionato, inviabilizam-se tanto a absolvição, quanto a desclassificação para apropriação indébita ou furto simples.

QUADRILHA. AUSÊNCIA DE ASSOCIAÇÃO ESTÁVEL E PERMANENTE. CONJUNTO PROBATÓRIO DEMONSTRANDO QUE OS APELANTES SE ASSOCIARAM PARA A PRÁTICA DE CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO. CONDENAÇÃO INAFASTÁVEL.

“Para a configuração do delito de bando ou quadrilha basta o fato associativo em caráter estável e continuado, revelador de uma ameaça que sempre se renova. Ocorrendo essa associação, o delito está consumado, mesmo que não tenha chegado a cometer qualquer infração. No entanto, se as praticar, ocorre um concurso material” (RT 505/352).

BANDO. PRETENSÃO ABSOLUTÓRIA DEDUZIDA POR UM DOS APELANTES. INEXISTÊNCIA DE ELEMENTOS QUE COMPROVEM O VÍNCULO ASSOCIATIVO PERMANENTE OU ESTÁVEL ENTRE ELE E OS DEMAIS COAUTORES DO ESTELIONATO.

Para a configuração do crime de formação de quadrilha ou bando é preciso, além do número de participantes superior a três pessoas, que entre eles exista vínculo associativo permanente e estável, visando à prática delituosa.

PENA. PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA. RECONHECIMENTO. SITUAÇÃO NÃO CONFIGURADA.

AGENTE QUE CONTRIBUIU EFICAZMENTE PARA O COMETIMENTO DO CRIME.

Quando o réu participa ativa e eficazmente da perpetração do delito, não pode ser beneficiado com a aplicação da causa geral de diminuição de pena prevista no art. 29, § 1º, do Código Penal.

DOSIMETRIA. REFORMULAÇÃO EM CONSEQUÊNCIA DA NOVA DEFINIÇÃO JURÍDICA DO FATO. RECONHECIMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA NO TOCANTE AOS ESTELIONATOS. EXCLUSÃO, DE OFÍCIO, DO DELITO DE QUADRILHA. CRIME ÚNICO.

Não se aplica a continuidade delitiva no concernente ao delito de quadrilha, por se tratar de crime único, impondo-se que se exclua, de ofício, o acréscimo aplicado por sua conta à sanção.

REGIME INICIAL DE EXECUÇÃO. ALTERAÇÃO PARA O ABERTO. POSSIBILIDADE EM FACE DA QUANTIDADE DA PENA.

O condenado à pena igual ou inferior a quatro anos de reclusão poderá iniciar o respectivo resgate no regime aberto, contanto que não seja reincidente (art. 33, § 2º, alínea “c”, do Código Penal).

PENA SUBSTITUTIVA. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS OBJETIVOS E SUBJETIVOS EXIGIDOS PELO ART. 44 DO CÓDIGO PENAL. APLICAÇÃO QUE SE PROMOVE DE OFÍCIO.

Presentes os requisitos a que alude o art. 44 do Código Penal, a substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direitos torna-se imperativa, visto que consubstancia direito subjetivo do réu.

PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA DO ESTADO NO TOCANTE A UM DOS APELANTES. PRAZO QUE SE REDUZ DE METADE EM VIRTUDE DA SUA MENORIDADE

À ÉPOCA DO EVENTO, *EX VI* DO ART. 115 DO CÓDIGO PENAL. TRANSCURSO DE LAPSO SUPERIOR A DOIS ANOS ENTRE A DATA DA PUBLICAÇÃO DA SENTENÇA E A DO JULGAMENTO DO APELO. ART. 110, § 1º, DO CÓDIGO PENAL. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE QUE SE DECLARA DE OFÍCIO.

“Se da data da publicação da sentença ao dia do julgamento da apelação exclusiva da defesa, ou se improvido o recurso do Ministério Público, decorre o lapso prescricional, diante do *quantum* da pena, decreta-se desde logo e de ofício, em 2º grau, a extinção da punibilidade, pela prescrição da pretensão punitiva” (RT 616/277).

DEFENSOR DATIVO. REMUNERAÇÃO. ARBITRAMENTO EM CONFORMIDADE COM O PRECEITO INSCRITO NO ART. 12 DA LEI COMPLEMENTAR 155/97.

RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

O advogado nomeado unicamente para apresentar as razões do recurso perante os tribunais faz jus à respectiva remuneração, cujo arbitramento observará o que dispõe o art. 12 da Lei Complementar n. 155/97.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2009.028339-5, da comarca da Capital (2ª Vara Criminal), em que são apelantes Alexandre Carlos Klein, Anandaé Antônio Cenci, Carlos Alberto Costa, Leandra Alves Rosa Moraes, Pedro Rogério da Costa Correa, Anderson Vicelli Della Betta, Gelsemiro Prestes, interessados Winston Tsutomu Yamamoto, Antonio Marcos Magri, Luciano Martins da Silva, Osmar Ribeiro Júnior e Rogério Passarim, e apelada a Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, à unanimidade, dar parcial provimento ao recurso para desclassificar o delito de furto qualificado para o de estelionato no tocante a Alexandre, Anandaé, Carlos, Leandra, Pedro, Anderson, Gelsemiro e Winston; de ofício, afastar a continuidade delitiva relativamente ao crime de quadrilha no concernente a Alexandre, Anandaé, Leandra, Carlos e Winston, extinguir a punibilidade de Anandaé pela superveniência da prescrição, e absolver Pedro quanto ao crime de quadrilha. Custas legais.

RELATÓRIO

Na comarca da Capital, o representante do Ministério Público ofereceu denúncia contra Alexandre Carlos Klein, Anandaé Antônio Cenci, Anderson Viecelli Della Betta, Antonio Marcos Magri, Carlos Alberto Costa, Gelsemiro Preste, Leandra Alves Rosa Moraes, Luciano Martins da Silva, Osmar Ribeiro Junior, Pedro Rogério da Costa Correa, Rogerio Passarim e Winston Tsutomu Yamamoto, dando-os como incurso nas sanções dos arts. 155, § 4º, inciso II, 155, § 5º, e 288, caput, todos do Código Penal, em razão dos fatos assim narrados, *ipsis verbis*:

Os denunciados organizaram-se com o intuito de praticar crimes desde junho de 2006, sendo que para a execução dos atos delitivos cada membro desta quadrilha possui uma função específica. WINSTON planeja, organiza e comanda todas as operações, ficando a cargo de LEANDRA, ROGÉRIO, ANANDAÉ, LUCIANO, ANDERSON, CARLOS, ANTONIO, ALEXANDRE e PEDRO a locação dos veículos que posteriormente são vendidos em outros Estados, ou até mesmo no estrangeiro.

LUCIANO e ANTONIO são também responsáveis por “inventar” um motivo ensejador do sumiço dos automóveis e narrar as falsas comunicações de crimes a alguma autoridade policial, para que sejam lavrados boletins de ocorrência. Assim, em plena comunhão de desígnios e esforços, começaram a colocar os planos em ação.

No dia 23 de junho de 2006, após receber orientações de WINSTON, ROGÉRIO encaminhou-se até a empresa “Cintia Rent a Car”, localizada na avenida Deputado Diomício Freitas, nº 3062, nesta Capital, e alugou o veículo Toyota/Corolla, placas MKI-3400, sendo convencionada a data de entrega em 28.06.2006. Entretanto, dois dias antes do acertado, em 26.06.2006 foi registrado um boletim de ocorrência, comunicando falsamente o roubo do referido automóvel.

Em 24 de agosto de 2006, outros dois elementos da quadrilha também instruídos por WINSTON, ANANDAÉ e outro homem ainda não identificado, encaminharam-se até a empresa “MDS Locadora de Veículos Ltda.”, sita na rua Marechal Floriano, nº 232, centro de São Miguel do Oeste/SC, onde alugaram o veículo Fiat/Uno Mille, placas MDA- 8905, ATÉ O DIA 28.08.2006. No dia 26.08.2006, o veículo locado foi fotografado na cidade de Guaíra/PR, trafegando em direção ao município de Mundo Novo/MS, onde foi vendido. Quatro dias depois (30.08.06), a empresa vítima recebeu um boletim de ocorrência expedido por uma Delegacia de Polícia do Rio Grande do Sul, comunicando o furto do mencionado automóvel.

Ainda no mês de agosto, no dia 25, ANANDAÉ e PEDRO, cumprindo determinações de WINSTON, foram até a empresa “Facility”, localizada na cidade de Santa Maria/RS, onde locaram um veículo GM/Celta, placas IMM-3895. No dia seguinte este veículo também foi fotografado ao passar pela cidade de Guaíra/PR, em direção à cidade de Mundo Novo/MS, onde os veículos eram vendidos pela quadrilha. No dia 31.08.2006, PEDRO comunicou o falso roubo deste automóvel na 4ª Delegacia de Polícia da Capital.

No dia 09 de setembro de 2006, LEANDRA e LUCIANO, devidamente instruídos por WINSTON a respeito do que deveriam fazer, se deslocaram até a locadora de veículos “Carrera”, localizada na rua Santos Saraiva, nº 1420, nesta Capital, e alugaram o veículo Renault/Scenic, placas MGD-9442, até o dia 15 do mesmo mês. No dia 12.09.06, às 16h51min, o mencionado veículo foi fotografado passando pelo posto da Polícia Rodoviária Federal, no município de Guaicurus, em direção a Corumbá/MS. LUCIANO registrou um boletim de ocorrência na cidade de Colombo/PR, comunicando falsamente um crime de roubo.

No mesmo dia 09 de setembro de 2006, a senhora Inês, administradora da empresa “Cintia Rent a Car Ltda.”, recebeu uma ligação de Chapecó, provavelmente oriunda de WINSTON, na qual dizia ser dono de uma empresa naquela cidade e estaria mandando dois de seus funcionários para Florianópolis, sendo que tinha interesse em alugar um carro por 05 (cinco) dias. Então, neste dia, outros dois elementos da quadrilha, ANDERSON e CARLOS se encaminharam até a empresa locadora de veículos, situada na Avenida Deputado Diomício Freitas, nº 3062, nesta Capital, e alugaram um veículo VW/Gol, placas MDZ-1099, sendo acertada a devolução para 14.09.2006. No entanto, no dia 15.09.2006, CARLOS foi até a Delegacia de Furtos e Roubos de veículos da cidade de Curitiba/PR, e comunicou falsamente o roubo do veículo locado, sendo que em 12.09.2006, às 16h40min, o carro foi fotografado ao passar pelo posto da Polícia Rodoviária Federal, no município de Guaicurus, em sentido a Corumbá/MS.

No dia 16 de outubro de 2006, utilizando-se do mesmo *modus operandi* determinado por WINSTON, LEANDRA e ANTONIO foram até a empresa “Imediata”, situada na rua do Comércio, nº 491, sala 02, centro de Concórdia/SC, e locaram um veículo VW/Gol, placas MDM-9927, com previsão de entrega para 21.10.2006. Mas, no dia 24.10.2006, foi lavrado um boletim de ocorrência no Estado do Rio Grande do Sul, onde ANTONIO comunicou ter sido assaltado, sendo levado o automóvel alugado. Porém, em 19.10.2006, o veículo foi fotografado indo para Corumbá/MS.

Dia 14 de novembro de 2006, novamente LEANDRA, agora na companhia de ALEXANDRE, devidamente instruídos por WINSTON, dirigiu-se à empresa locadora de veículos denominada “Turismo Rodocide Ltda.”, localizada na rua Luiz Abry, nº 1400, centro de Pomerode/SC, onde alugaram um veículo Ford/Fiesta, placas MII-0202, pelo período de 04 (quatro) dias. Em 18.11.2006 ALEXANDRE foi até a 1ª Delegacia de Polícia de Passo Fundo/RS e comunicou à autoridade policial, de forma inverídica, a ocorrência de furto do veículo locado, sendo cópia desta comunicação enviada via *fac simile* para a empresa vítima. Mas no dia 15.11.2006, às 23h29min, o mencionado auto locado foi fotografado na cidade de Guaicurus, indo em direção a Corumbá/MS.

Em 18 de novembro de 2006, após o comando de WINSTON, foi alugado o veículo VW/Gol, placas CMG-4150, da empresa “Concórdia Locadora de veículos”, situada na rua Senador Atílio Fontana, nº 2635, bairro Santa Cruz, em Concórdia, por LEANDRA e GELSEMIRO, sendo acertada a data de 24.11.2006 para a sua devolução – data prorrogada para 27.11.2006. Contudo, GELSEMIRO forjou um boletim de ocorrência em Curitiba/PR, comunicando ter sido assaltado e os ladrões levado o automóvel locado. No dia 20.11.2006, às 20h34min, o VW/Gol locado foi fotografado enquanto era transportado para a cidade de Corumbá/MS.

No dia 28 de novembro de 2006, OSMAR e LEANDRA após receberem as ordens de WINSTON, foram até a empresa “Locauto”, localizada na rua Machado de Assis, nº 447, Erechim/RS, onde alugaram o veículo Fiat/Siena, placas IJX-6234, pelo período de 05 (cinco) dias – prorrogado por mais 03 (três) dias. LEANDRA emitiu dois cheques, sendo uma cártula emitida em forma de caução e a outra para o pagamento das diárias, de modo que, ao final do contrato, não o devolveram, sendo repassado o veículo a ALEXANDRE, no Estado do Mato Grosso.

Também neste dia 28 de novembro de 2006, instigados por WINSTON, LEANDRA e ALEXANDRE alugaram o veículo Fiat/Idea, placas INE-9449, da empresa “Localiza”, situada na avenida Brasil (oeste), nº 3737, bairro Boqueirão, Passo Fundo/RS, sendo convencionado o dia 04.12.2006 para a entrega do carro. Como o automóvel não foi devolvido, a própria empresa vítima comunicou a Delegacia de Polícia da não restituição do bem.

As qualificadoras, embora óbvias, merecem descrição: elementos da tropa, identificados em cada operação, utilizando-se de documentação que até agora tenho como verdadeira [tamanho a certeza da impunidade], locavam veículos, em diversas localidades da região Sul, com o dolo indissimulável de revendê-los em outros Estados ou no exterior, para fazer dinheiro, na certeza [subjéctiva] de que os autos eram segurados e só quem iria arcar com o prejuízo eram as Seguradoras. Bingo!, a fraude é escarrada. E não resta a menor dúvida, pelos elementos contidos nos autos, de que a grossa maioria dos veículos foi “direcionada” para Corumbá, estado do Mato Grosso do Sul, “casualmente” fronteira quase seca com Puerto Suárez, na Bolívia (fls. III/VII).

Recebida a denúncia (fl. 119), oito réus foram citados e interrogados (fls. 258/273 e 350/352), tendo apresentado defesas prévias, em que postularam a produção de prova oral (fls. 280/294, 299/300, 315/318 e 353/354).

Acostadas cópias dos documentos encartados nos autos nº 023.07.007941-5 (fls. 148/225), os réus Antônio, Luciano, Osmar e Rogério não foram localizados para a citação pessoal, promovendo-se o ato, também sem sucesso, por meio de edital. Assim, o Dr. Juiz *a quo* ordenou o desmembramento do feito relativamente a eles, com supedâneo no art. 80 do Código de Processo Penal, prosseguindo-se quanto aos demais (fls. 363/364).

Inquiridas as vítimas (fls. 392/395, 447/449, 459/460, 473, 487, 493/495) e 4 (quatro) testemunhas arroladas na exordial acusatória (fls. 396/401, 461/462), além de 2 (dois) informantes (fls. 563/564) e 8 (oito) das indicadas nas peças de resistência (fls. 560/562 e 565/569), houve desistência quanto às remanescentes.

Juntou-se cópia da decisão proferida em habeas corpus (fls. 465/468) e foram indeferidos os requerimentos formulados pelos réus (fl. 482).

Na fase de diligências complementares o representante do Ministério Público pleiteou a atualização dos antecedentes criminais (fl. 585/verso), ao passo que os réus silenciaram (fl. 615/verso).

Ofertadas as alegações finais (fls. 616/633, 645/657, 661/664, 665/668, 669/673, 676/680 e 690/691), na ordem legal, a Dra. Juíza de Direito proferiu a sentença, por meio da qual julgou parcialmente procedente a denúncia, condenando Alexandre, Anandaé, Carlos, Leandra e Pedro às penas de 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão, e 12 (doze) dias-multa, e Winston a 5 (cinco) anos e 9 (nove) meses de reclusão, e 18 (dezoito) dias-multa, todos por infração aos arts. 155, § 5º, e 288, ambos do Código Penal; e Anderson e Gelsemino a 3 (três) anos de reclusão, e

10 (dez) dias-multa, pela prática do crime capitulado no art. 155, § 5º, do estatuto repressivo.

Fixou-se o regime semi-aberto para o resgate das reprimendas, exceto no que tange a Anderson e Gelsemino, para os quais estipulou o aberto. A multa restou arbitrada no valor unitário equivalente ao mínimo legal.

Presentes os requisitos legais quanto aos dois últimos apenados, o magistrado substituiu as sanções corporais que lhes infligiu por restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade e limitação de fim de semana. Finalmente, à exceção de Winston, concedeu aos réus o direito de recorrerem em liberdade (fls. 696/723).

Inconformados, os apenados apelaram, tendo-se homologado a desistência requerida por Winston (fl. 848).

Gelsemino (fls. 802/805), Leandra (fls. 796/799) e Carlos (fls. 808/811) pretendem a absolvição, alegando a atipicidade de suas condutas. Alternativamente, objetivam a desclassificação do delito para o de apropriação indébita ou estelionato, o reconhecimento do crime continuado, e a revisão das sanções aplicadas. Os dois últimos buscam, ainda, a fixação do regime aberto.

Anderson almeja a absolvição, calcado no argumento de que perpetróu conduta atípica, bem como na ausência de provas bastantes para alicerçarem o decreto condenatório. Almeja, outrossim, a desclassificação para furto simples (fls. 819/823).

Pedro postula a absolvição, invocando a anemia probatória (fls. 835/836).

Alexandre persegue idêntico desiderato por conta da insuficiência de provas quer da materialidade, quer da autoria, além da desclassificação do crime para estelionato e o reconhecimento da participação de menor

importância. Por derradeiro, requer o arbitramento da remuneração do defensor que se lhe nomeou (fls. 867/875).

Anandaé visa à absolvição ante a ausência de provas aptas a condená-lo. Pretende, também, a desclassificação para o delito de estelionato e o reconhecimento da atenuante da menoridade (fls. 907/913).

Com as contrarrazões (fls. 877/887 e 918/931), os autos ascenderam a esta Corte, manifestando-se a doutra Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer do Dr. Anselmo Agostinho da Silva, pelo conhecimento e desproviamento dos recursos (fls. 934/938).

VOTO

Não procedem as pretensões absolutórias.

A materialidade e a autoria dos delitos estão fartamente demonstradas nos autos, aflorando dos boletins de ocorrência (fls. 24, 45/46, 53, 59/60, 73/74 e 80/81, do anexo), dos contratos celebrados com as locadoras (fls. 15/18, 36/37, 44, 57/58, 65, 70/71 e 77/79, do anexo), das fotografias (fls. 19, 26, 47, 61, 67 e 75, do anexo) e da prova oral colhida no curso da instrução (fls. 20, 28/29, 48, 62/63, 68, todas do anexo, 392/395, 461/462, 473 e 492/495).

Os apelantes, sob a orientação de Winston, obtiveram a posse de diversos veículos na região sul do país, utilizando-se de fraude para a consecução do intento criminoso, que consistia na locação dos automóveis e posterior comunicação falsa de furto ou roubo, como forma de justificar a não devolução dos mesmos.

No dia 24.08.2006, Anandaé, juntamente com terceiro, dirigiu-se à empresa MDS, situada em São Miguel do Oeste, e alugou o Fiat/Uno, placas MDA8905, porém, não o restituiu no prazo avençado, havendo comunicado à vítima que, em 30.08.2006, o veículo fora roubado na cidade de Porto

Alegre/RS, consoante se extrai das declarações prestadas pelo ofendido Ildo Luis Giacomeli (fls. 68, do anexo, e 473).

Em 25.08.2006, Anandaé e Pedro foram até a locadora Facility, situada em Santa Maria/RS, e locaram o GM/Celta, placas IMM3895, e não o devolveram, com lastro na inverídica alegação, engendrada por este último, de que o automóvel havia sido roubado nesta Capital no dia 30.08.2006, do que dão conta o boletim de ocorrência (fls. 73/74, do anexo) e as declarações da vítima Antonio Augusto Finamor Nicola (fls. 493/495).

As justificativas fornecidas por Anandaé (fls. 260/261) e Pedro (fls. 350/352) por ocasião de seus interrogatórios, além de conflitantes, são inverossímeis. O primeiro sustenta que alugou o veículo porque Pedro estaria com o “nome sujo na praça” e este teria vindo até Florianópolis para visitar parentes. O segundo, por sua vez, disse que veio a esta capital para comprar peças de automóveis a preços mais vantajosos. Nenhuma delas encontra arrimo no conjunto probatório, na medida em que as imagens capturadas e reproduzidas às fls. 67 e 75 do anexo mostram os dois veículos, inclusive em comboio, passando pelo pedágio de Guaíra/PR, seguindo em direção a Mundo Novo/MS, no dia 26.08.2006, o primeiro às 10h50m9s e o segundo às 10h50m11s. Portanto, muito distante dos locais onde os pretensos roubos teriam ocorrido.

Em 09.09.2006, Leandra e Luciano locaram o veículo Renault Scénic, placas MGD9442, da empresa Carrera, estabelecida nesta Capital, sendo que o ofendido recebeu um telefonema deste último informando o roubo do aludido bem, conforme se extrai das suas informações (fls. 20, do anexo, e 394/395) e das declarações de Leandra (fls. 271/272).

No mesmo dia, Anderson e Carlos foram até a empresa Cintia Rent a Car, também situada nesta cidade, e alugaram o VW/Gol, placas MDZ1099, tendo Carlos comunicado um suposto roubo, ocorrido em 15.09.2006, na cidade de Curitiba/PR (boletim de ocorrência, fl. 24, do anexo), detalhe

corroborado pelas declarações da vítima Inês Perdoná Bem (fls. 28/29, do anexo, e 392/393).

As versões apresentadas por ocasião dos interrogatórios de Anderson e Carlos são antagônicas e carecem de credibilidade. O primeiro afirma que veio de Chapecó até esta cidade apenas para alugar um carro para um tal Willian, embora tenha dito que não eram amigos, mas apenas conhecidos (fls. 268/270). Carlos, por seu turno, disse que veio para Florianópolis com o único propósito de acompanhar Anderson, não obstante salientasse que com este não possuía muito contato, e aqui permaneceu, desconhecendo o destino dado ao automóvel. Esqueceu-se, contudo, de que ele mesmo comunicara o falso roubo, relatando que estava na posse do carro no momento do suposto crime (fl. 24 do anexo).

Destaque-se, outrossim, que os dois últimos veículos passaram, coincidentemente, pelo posto da Polícia Rodoviária de Guaicurus/MS, no sentido Corumbá/MS, no mesmo dia 12.09.2006, com uma diferença de aproximadamente 10 (dez) minutos um do outro (imagens de fls. 19 e 26, do anexo).

Em 16.10.2006, Leandra e Antonio se deslocaram até a empresa Imediata, sediada em Concórdia, e locaram o VW/Gol, placas MDM9927. No dia 24.10.2006, este último declarou, falsamente, que fora roubado em Passo Fundo/RS, segundo o registro constante do boletim de ocorrência de fls. 59/60 e das declarações de Leandra (fls. 85 e 271/272), não obstante, no dia 19.10.2006, o referido automóvel houvesse passado pelo posto da Polícia Rodoviária de Guaicurus/MS, no sentido Corumbá/MS (imagens de fl. 61, do anexo). A narrativa da apelante restou confirmada pela testemunha Maria Auxiliadora Windmöller, secretária da apontada locadora (fls. 62/63, do anexo, e 461/462).

No dia 14.11.2006, Leandra e Alexandre foram à empresa Turismo Rodocide, situada em Pomerode, e alugaram um Ford/Fiesta, placas

MII0202, que recebeu a comunicação, efetuada pelo segundo apelante, do furto no dia 17.11.2006 (boletim de ocorrência de fls. 45/46, do anexo), quando, em 15.11.2006, foi registrada uma imagem do carro transitando pelo mesmo local supra descrito (fl. 47, do anexo). A ação delituosa restou comprovada pelo testemunho de Leticia Francesca Pedrini Kranh (fl. 48, do anexo) e das declarações dos apelantes (fls. 258/259 e 271/272), não logrando Alexandre explicar o motivo que o levou àquela cidade para alugar o veículo.

Em 18.11.2006, Leandra e Gelsemiro dirigiram-se até o município de Concórdia e procuraram a empresa Concórdia Locadora de Veículos, onde locaram o VW/Gol, placas CMG4150 e, no dia 24.11.2006, o segundo apelante informou, falsamente, que fora vítima de roubo na cidade de Curitiba/PR. Entretanto, em 20.11.2006, a câmera de segurança captou imagem do automóvel seguindo rota idêntica à anteriormente mencionada (fl. 54, do anexo), do que fazem prova o boletim de ocorrência (fl. 53, do anexo), além das declarações dos recorrentes (fls. 264/265 e 271/272) e da vítima Diego Luiz Broetto (fls. 55, do anexo, e 459/460).

No dia 28.11.2006, Leandra e Osmar locaram o Fiat/Siena, placas IJX6234, da empresa Locauto, situada em Erechim/RS, não o tendo devolvido no prazo previsto no contrato, tendo a vítima sido informada, por um Delegado de Polícia desta Capital, da prisão de ambos, aqui realizada, bem assim de que o carro tinha como destino a Bolívia (fls. 446/449), segundo o relato de ambos (fls. 16, 20/21, 78/79 e 271/272).

Na mesma data, Leandra e Alexandre alugaram o Fiat/Idea, placas INE9449, pertencente à Localiza, em Passo Fundo/RS. No dia apazado para a devolução do veículo o funcionário Marco Antonio dos Santos Mello recebeu uma chamada telefônica da filial situada em Florianópolis, informando que essas mesmas pessoas estariam tentando locar outro veículo. Ato contínuo, entrou em contato com a Central de Polícia desta Capital

e descobriu que ambos estavam presos (fl. 83, do anexo). Assim, registrou a ocorrência na delegacia da sua cidade (boletim de fls. 80/81, do anexo).

A justificativa fornecida por Alexandre igualmente não convence, eis que afirmou, quando interrogado em juízo, que deixou o veículo na rodoviária de Chapecó, a fim de que um parente de sua esposa, Marinho, o devolvesse, desconhecendo o motivo pelo qual a devolução não ocorreu (fls. 258/259). Contudo, sequer arrolou a referida pessoa como testemunha, de modo a tornar minimamente crível a sua versão. Ademais, o apelante alterou inteiramente a que apresentara à autoridade policial, cujo teor dá conta de que entregou o automóvel a terceiros, na entrada que leva a Mato Grosso do Sul (fls. 25/26 e 80/81), e que encontra arrimo nos relatos feitos por Leandra nas duas fases processuais (fls. 20/21, 76/77 e 271/273).

A participação de Alexandre não pode ser considerada de menor importância, como pretende, visto que aflora do conjunto probatório a sua condição de protagonista, e não de simples figurante, havendo atuado decisiva e relevantemente para o êxito da empreitada delituosa.

A alegação de Leandra segundo a qual desconhecia o destino dado aos veículos, bem assim de que apenas os alugava a pedido de Winston (fls. 271/273), carece de credibilidade, pois tendo feito 6 (seis) locações, em curto espaço de tempo, era de suspeitar da ilicitude das ações, máxime porque ele a remunerava com a importância de R\$ 500,00 (quinhentos reais) por negócio realizado. Disse que trabalhava no ramo veterinário, em que não é comum a utilização de carros dos tipos que foram locados, evidenciando-se, por conseguinte, que tinha plena consciência da ilicitude da sua conduta.

Diante desse quadro, inviabiliza-se a absolvição, eis que as condutas criminosas e o idêntico *modus operandi* empregado pelos apelantes para perpetrá-las restaram fartamente comprovados. Como se não bastasse, todos os automóveis alugados pelos apelantes, acabaram, estranhamente, furtados ou roubados, detalhe que extrapola o limite da mera coincidência.

Ademais, esses veículos, na maioria das vezes, foram vistos trafegando em direção oposta ao local do registro das ocorrências e alguns deles, inclusive, em comboio.

Não procede a invocada atipicidade. De fato, a locação de automóvel constituir-se-ia em ato lícito, não fora a clara intenção dos apelantes de obterem a sua posse e de não os restituírem aos seus legítimos proprietários, desnudando o dolo preexistente à celebração dos contratos de locação.

De outro vértice, os fatos narrados na denúncia não se enquadram na figura do furto qualificado pela fraude, subsumindo-se no crime definido no art. 171, *caput*, do Código Penal, visto que o ardil empregado pelos apelantes, qual seja, o contrato de locação, fez com que as vítimas lhes entregassem, voluntariamente, seus veículos, permitindo que os pudessem conduzir livremente pelas rodovias, de modo aparentemente legal, até o destino que desejassem (provavelmente o exterior).

Fernando Capez esclarece a diferença entre os dois delitos nestes termos:

Não há que se confundir o *furto mediante fraude* com a figura do *estelionato*. A confusão reside no fato de que em ambas as figuras o agente se utiliza de ardil, engodo, para apropriar-se do bem. No estelionato, é o próprio dono da coisa que, enganado pelo agente, entrega-lhe voluntariamente o bem [...]. No furto mediante fraude, o agente, através do engodo, burla a vigilância do proprietário e se apodera da coisa, sem o conhecimento dele [...]. Assim, se a vítima iludida entrega voluntariamente o bem, há estelionato; se a vítima é distraída, e o agente subtrai a coisa, há furto mediante fraude (Curso de direito penal, v. 2, 8. ed., São Paulo, Saraiva, 2008, p. 418).

Julio Fabbrini Mirabete espousa idêntico entendimento, *verbis*:

Não se confunde o estelionato com o furto com fraude: neste há subtração, naquele há entrega espontânea da coisa pela vítima (RT 579/349, JTACrSP 64/273, 76/346). Assim, tratando-se de fraude que se dirige ao amortecimento da vigilância da *res* e não ao engodo do lesado para dele alcançar vantagem indevida, impõe-se o reco-

nhecimento do furto qualificado (*RT* 523/419, 551/371, 552/355) (Manual de direito penal, v. 2, 25. ed. rev. e atual., São Paulo, Atlas, 2008, p. 293).

No mesmo rumo, veja-se o escólio de Damásio de Jesus:

No furto, a fraude ilude a vigilância do ofendido, que, por isso, não tem conhecimento de que o objeto material está saindo da esfera de seu patrimônio e ingressando na disponibilidade do sujeito ativo. No estelionato, ao contrário, a fraude visa a permitir que a vítima incida em erro. Por isso, voluntariamente se despoja de seus bens, tendo consciência de que eles estão saindo de seu patrimônio e ingressando na esfera de disponibilidade do autor (Código Penal anotado, 19. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo, Saraiva, 2009, p. 572).

É o caso dos autos. A fraude não fez com que as vítimas reduzissem a vigilância sobre os carros de modo que pudessem ser subtraídos. Ao contrário, serviu de meio para que os próprios ofendidos entregassem voluntariamente os bens aos apelantes, vale dizer, a vontade de alterar a posse foi bilateral, e não unilateral como ocorreria no furto.

Em hipótese assemelhada, assentou a jurisprudência:

ESTELIONATO. AGENTE QUE ALUGA AUTOMÓVEIS EM OCASIÕES DISTINTAS E, PARA VENDÊ-LOS, COMUNICA FALSAMENTE A OCORRÊNCIA DE ROUBOS. CARACTERIZAÇÃO. Caracteriza-se estelionato na hipótese em que o agente aluga diversos automóveis em ocasiões distintas e, para vendê-los, comunica falsamente, tanto na polícia como nas locadoras, a ocorrência de roubos, sendo certo que se locasse um único veículo seria difícil o enfoque do delito do art. 171 do CP, que exige dolo precedente, uma vez que não haveria condições de afirmar que a idéia do golpe nasceu antes da locação, entretanto, tratando-se da mesma conduta em várias oportunidades, fica evidente a presença de fraude (TACRIM-SP, APL 1199879/9, Terceira Câmara, rel. Juiz Carlos Bueno, j. em 19.12.2000, disponível em <http://www.tacrim.sp.gov.br/jurisprudencia/ementario/html/ementario19.html>, acesso em 5 abr. 2011).

Por outro lado, inviabiliza-se a desclassificação para o delito de apropriação indébita, visto que o dolo de assenhoreamento não foi posterior ao recebimento dos bens; preexistiu à conduta dos apenados, particularidade que afasta o enquadramento no fato típico definido no art. 168 do estatuto repressivo.

A prova mostra-se, igualmente, uniforme no sentido de que Leandra, Anandaé, Alexandre e Carlos, em comunhão de vontades e esforços, associaram-se a Winston, de forma estável e permanente, com a única finalidade de perpetrar crimes, em especial contra o patrimônio.

O esquema era bem articulado e cada um deles desempenhava uma função preponderante para o sucesso das empreitadas. Winston idealizou a trama, cabendo a Leandra efetuar o pagamento das diárias e prestar a caução exigida pelas empresas, pois gozava de boa reputação no comércio, incumbindo aos demais levar os veículos para, tudo indica, serem vendidos fora do país, considerando-se que foram fotografados em região fronteiriça, no Mato Grosso do Sul, bem assim comunicar, falsamente, o roubo ou o furto à repartição policial.

Anandaé fez, especificamente, por duas vezes, a locação, uma delas acompanhado de Pedro, e Alexandre, em duas oportunidades, na companhia de Leandra. Carlos, além de haver alugado com Anderson e ter registrado a falsa ocorrência, noutra ocasião, encarregou-se de comunicar à empresa Cintia Rent a Car, dizendo-se empresário, e efetuou a reserva de um veículo para dois “funcionários” seus que iriam a Florianópolis, solicitando, inclusive, que alguém da locadora os recepcionasse na rodoviária (fls. 28/29, do anexo, e 392/393).

Ressalte-se, no tocante ao delito definido no art. 288 do Código Penal, que se consuma no ato da associação, isto é, no instante em que mais de três pessoas concentram vontades no sentido de praticar determinados ou indeterminados crimes por meio de ações conjuntas e coordenadas. Via de

regra, a quadrilha só é descoberta, ou se tem notícia da respectiva existência, quando comete o primeiro delito. Logo, já se havia consumado por ocasião dos estelionatos, configurando-se, assim, o concurso material.

Nesse sentido, proclamou a jurisprudência:

Para a configuração do delito de bando ou quadrilha basta o fato associativo em caráter estável e continuado, revelador de uma ameaça que sempre se renova. Ocorrendo essa associação, o delito está consumado, mesmo que não tenha chegado a cometer qualquer infração. No entanto, se as praticar, ocorre um concurso material (RT 505/352).

Contudo, no tocante a Pedro, as provas amealhadas no curso da instrução são frágeis, não permitindo que se o aponte como integrante da quadrilha, ante a ausência de certeza quanto à existência, entre ele e os demais coautores dos estelionatos, de vínculo estável e permanente com vistas à perpetração de crimes.

A respeito, assinala Julio Fabbrini Mirabete:

O núcleo do tipo penal é associação de no mínimo quatro pessoas para a prática de crimes, sendo irrelevante que tenham elas outras finalidades. Não basta que se reúnam essas pessoas para o cometimento de um crime determinado, existindo aí simples concurso de agentes se o ilícito for ao menos tentado. É necessário que haja um vínculo associativo permanente para fins criminosos, uma predisposição comum de meios para a prática de uma série indeterminada de delitos. Exige-se, assim, uma estabilidade ou permanência com o fim de cometer crimes, uma organização de seus membros que revele acordo sobre a duradoura atuação em comum (Código Penal Interpretado, 5. ed., São Paulo, Altas, 2005. p. 2130).

Na trilha da lição transcrita, decidi esta Corte:

Formação de quadrilha ou bando. Associação ocasional dos acusados para a prática de crimes. Mera co-participação, sem caráter de estabilidade. Absolvição que se impõe.

O delito de formação de quadrilha ou bando exige, à sua configuração, não só serem mais de três os envolvidos, como também apre-

sentar-se a associação criminosa com características de estabilidade ou permanência, com o fim de cometer crimes. Assim, não havendo uma organização permanente e estável, pode-se falar tão-somente em co-participação que é uma associação eventual entre os agentes (APR n. 99.005367-9, de Porto União, rel. Des. José Roberge).

O acervo probatório desnuda a perpetração de conduta isolada por Pedro, que redundou na sua condenação pelo delito de estelionato. Fora isso, apenas um contrato apreendido na residência de Winston refere o aluguel de duas carretas (fl. 369, do anexo), com o respectivo recibo emitido em favor do apenado (fl. 370, do anexo), que sequer foi objeto de investigação com o intuito de constatar-se a prática do golpe de que cuidam estes autos.

Aplica-se aqui o mesmo raciocínio desenvolvido pela Dra. Juíza *a quo* ao absolver Anderson e Gelsemiro do crime previsto no art. 188 do estatuto repressivo, qual seja, a ausência de participação efetiva, porquanto locou veículo em uma única oportunidade. Portanto, inexistindo provas que demonstrem a estabilidade ou a permanência na associação voltada à prática criminosa, não há ensejo a que se condene Pedro.

Na sequência, refaz-se a dosimetria em virtude da nova definição jurídica atribuída aos fatos, procedendo-se ao exame conjunto das circunstâncias judiciais de que trata o art. 59 do Código Penal, na primeira etapa, porque guardam identidade, inclusive no que tange ao interessado Winston.

A culpabilidade, as circunstâncias e os motivos do crime foram os normais à espécie. Os apelantes não registram antecedentes, nada constando dos autos que autorize a formação de juízo negativo acerca das suas personalidades ou condutas sociais. Quanto às consequências, apesar do decréscimo patrimonial das vítimas, são as inerentes ao tipo, não tendo elas contribuído para a ocorrência do crime.

Portanto, fixa-se as penas-base no mínimo legal, ou seja, em 1 (um) ano de reclusão, e 10 (dez) dias-multa, restando neste montante quantificadas quanto a Carlos, Pedro, Gelsemiro, Anderson, Leandra, Alexandre

e Winston, ante a ausência de agravantes, atenuantes e de causas de especial aumento ou diminuição.

Relativamente a Anandaé, impõe-se o reconhecimento da atenuante da menoridade, prevista no art. 65, inciso I, do Código Penal, sem reflexo, contudo, no montante da pena à luz da Súmula n. 231 do Superior Tribunal de Justiça. Outrossim, inexistem agravantes e causas de aumento ou diminuição a computar.

Quanto ao concurso de delitos, Winston, como autor intelectual, praticou o estelionato por 9 (nove) vezes, Leandra em 6 (seis) oportunidades, e Anandaé e Alexandre em 2 ocasiões cada. Levando-se em conta que os delitos foram praticados em locais diversos, descaberia o reconhecimento da continuidade delitiva em virtude da ausência do requisito objetivo. No entanto, aplica-se-a por haver sido reconhecida na sentença, com o incremento de metade para Winston e de um sexto para Leandra, Alexandre e Anandaé.

Por conseguinte, as penas definitivas restam assim quantificadas: Winston – 1 (um) ano e 6 (seis) meses de reclusão, e 15 (quinze) dias-multa; Leandra, Alexandre e Anandaé – 1 (um) ano e 2 (dois) meses de reclusão, e 11 (onze) dias-multa.

Quanto aos condenados pelo crime de quadrilha, afasta-se, de ofício, o aumento infligido em decorrência da continuidade delitiva, por se tratar de crime único, permanecendo, pois, no mínimo abstratamente cominado.

Dessa forma, reconhecido o concurso material entre os delitos, as penas totais finais de todos os envolvidos ficam assim quantificadas: Winston – 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, e 25 (vinte e cinco) dias-multa; Leandra, Alexandre e Anandaé – 2 (dois) anos e 2 (dois) meses de reclusão, e 21 (vinte e um) dias-multa; Carlos – 2 (dois) anos de reclusão, e 20 (vinte) dias-multa; Pedro, Gelsemiro e Anderson – 1 (um) ano de reclusão, e 10 (dez) dias-multa.

O regime de resgate das sanções será o aberto, em conformidade com o art. 33, § 2º, alínea “c”, do Código Penal, estipulando-se o valor unitário das multas no equivalente ao mínimo legal.

Como todos preenchem os requisitos do art. 44 do Código Penal, promove-se a substituição das penas privativas de liberdade que lhes foram irrogadas por restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade e pecuniária, no valor correspondente a 3 (três) salários mínimos.

Em face do novo *quantum* da pena infligida a Anandaé, constata-se que se operou a prescrição da pretensão punitiva no que lhe concerne, porquanto era menor de 21 anos quando cometeu os crimes pelos quais foi condenado, segundo revela a fotocópia dos documentos de fl. 238. Aplicada a pena de 1 (um) ano e 2 (dois) meses de reclusão para o estelionato e a de 1 (um) ano de reclusão para o crime de quadrilha, e tendo transcorrido mais de 2 (dois) anos entre a data da publicação da sentença condenatória, transitada em julgado para o representante do Ministério Público (26.03.2008, fl. 724), e a presente data, operou-se a prescrição da pretensão punitiva do Estado, a teor do art. 109, inciso V, combinado com os arts. 110, § 1º, e 115, todos do estatuto repressivo.

Diante disso, cabe à Câmara declarar, de ofício, a extinção da punibilidade de Anandaé relativamente aos delitos de estelionato e formação de quadrilha, com fulcro no art. 61, caput, do Código de Processo Penal.

Por derradeiro, é devida a remuneração do defensor dativo nomeado a Alexandre, cujo arbitramento deve observar o preceito inscrito no art. 12 da Lei Complementar n. 155/97, *verbis*:

A remuneração do Assistente Judiciário e do Defensor Dativo, nomeados na forma estabelecida nesta Lei Complementar, para propor ou contestar ação cível, promover a defesa do acusado em processo-crime ou defender criança e adolescente, nos processos em que se fizer necessária a intervenção do advogado, será fixada pelo Juiz, na

sentença final, com base na tabela de Honorários da OAB/SC, em URH's (Unidade Referencial de Honorários) cuja tabela faz parte do Anexo desta Lei, em razão da espécie do procedimento.

Dita tabela estipula a remuneração pelo oferecimento de razões recursais, hipótese de que aqui se cuida, corresponderá a 7,5 URH's.

DECISÃO

Ante o exposto, deu-se parcial provimento ao recurso para desclassificar o delito de furto qualificado para o de estelionato no tocante a Alexandre, Anandaé, Carlos, Leandra, Pedro, Anderson, Gelsemiro e Winston; de ofício, afastou-se a continuidade delitiva relativamente ao crime de quadrilha quanto a Alexandre, Anandaé, Leandra, Carlos e Winston, extinguiu-se a punibilidade de Anandaé pela superveniência da prescrição e absolveu-se Pedro do crime de quadrilha.

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. Anselmo Agostinho da Silva.

Florianópolis, 5 de abril de 2011.

Sérgio Paladino
PRESIDENTE E RELATOR

TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL

APELAÇÃO CRIMINAL

Apelação Criminal n. 2010.066434-8, de Blumenau

Relator: Des. Moacyr de Moraes Lima Filho

APELAÇÕES CRIMINAIS – PRELIMINARES – INÉPCIA DA DENÚNCIA – INDIVIDUALIZAÇÃO DETALHADA DAS CONDUTAS – CRIMES DE AUTORIA COLETIVA – DESNECESSIDADE – REQUISITOS LEGAIS ATENDIDOS – CERCEAMENTO DE DEFESA – UTILIZAÇÃO DE PROVA EMPRESTADA – POSSIBILIDADE – SUBMISSÃO AO CONTRADITÓRIO – DECISÃO EMBASADA EM OUTRAS PROVAS – EIVAS INEXISTENTES.

1 Conforme firme entendimento jurisprudencial, nos crimes de autoria coletiva, não se exige a individualização minuciosa das ações de cada agente.

2 A prova produzida em processo penal distinto, com a participação de terceiros, não obstante detenha valor precário, é admissível, desde que as partes dela tenham ciência, que sobre ela seja possibilitado o exercício do contraditório e não constitua o único elemento de convicção a respaldar o convencimento do julgador.

RESTITUIÇÃO DOS BENS APREENDIDOS – CONSTRIÇÃO EFETIVADA EM PROCESSO DISTINTO – PLEITO NÃO ANALISADO NA SENTENÇA RECORRIDA – NÃO CONHECIMENTO.

ESTELIONATOS – MATERIALIDADE E AUTORIAS DELITIVAS COMPROVADAS – PALAVRAS DAS VÍTIMAS – REQUISITOS DO TIPO PREENCHIDOS – CONDENAÇÕES PRESERVADAS.

FORMAÇÃO DE QUADRILHA – ASSOCIAÇÃO ESTÁVEL E PERMANENTE DE MAIS DE TRÊS AGENTES PARA O COMETIMENTO DE ESTELIONATOS – CRIME AUTÔNOMO E QUE PRESCINDE DA PRÁTICA EFETIVA DOS DELITOS QUE MOTIVARAM A REUNIÃO – ELEMENTOS PREENCHIDOS – ABSOLVIÇÃO INVIÁVEL.

Para a configuração do delito de formação de quadrilha, é necessária a comprovação de que na associação exista no mínimo quatro pessoas e que entre estas haja um vínculo associativo permanente para fins criminosos. No entanto, por tratar-se de crime autônomo, é prescindível a prática efetiva dos crimes que motivaram a reunião, que, se ocorridos, atraem a regra estabelecida no art. 69 do Código Penal.

DOSIMETRIA – PENAS-BASE – PERSONALIDADE DESVIRTUADA – ELEMENTOS CONCRETOS NÃO APONTADOS – VÍCIO QUE NÃO PODE SER SUPRIDO POR ESTA CORTE – REDUÇÃO DEVIDA – REPRIMENDAS AJUSTADAS.

RECONHECIMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA – NÃO CABIMENTO – CRIMES COMETIDOS EM UM LAPSO SUPERIOR A TRINTA DIAS – MERA REITERAÇÃO – BENESSE DO ART. 71 DO CÓDIGO PENAL QUE NÃO SE CONFUNDE COM A HABITUALIDADE CRIMINOSA.

“A continuidade, sucessão circunstancial de crimes, não pode ser confundida com a habitualidade criminosa, sucessão planejada, indiciária do *modus vivendi* do agente e que reclama, não tratamento amenizado, mas reprimenda mais severa” (Julio Fabbrini Mirabete).

RECURSOS PARCIALMENTE PROVIDOS.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2010.066434-8, da comarca de Blumenau (1ª Vara Criminal), em que são apelantes Flávio Sidnei Moreira e outro, e apelado Ministério Público do Estado de Santa Catarina:

ACORDAM, em Terceira Câmara Criminal, por unanimidade, afastar as preliminares, conhecer parcialmente do recurso de Zulmar Claudino e conhecer do apelo de Flávio Sidnei Moreira para dar-lhes parcial provimento. Custas de lei.

RELATÓRIO

Trata-se de apelações criminais interpostas por Flávio Sidnei Moreira e Zulmar Claudino contra sentença condenatória prolatada pelo Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da comarca de Blumenau.

Flávio Sidnei Moreira foi condenado à pena de 22 (vinte e dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 420 (quatrocentos e vinte) dias-multa, no valor unitário mínimo legal, por infração aos arts. 171, *caput*, por quatorze vezes, e 288, *caput*, ambos do Código Penal e na forma do art. 69 do mesmo Código.

Zulmar Claudino foi condenado à pena de 8 (oito) anos e 9 (nove) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 90 (noventa) dias-multa, no valor unitário mínimo legal, por infração aos arts. 171, *caput*, por três vezes, e 288, *caput*, ambos do Código Penal e na forma do art. 69 do mesmo Código.

Em síntese, a denúncia imputou a Flávio Sidnei Moreira e Zulmar Claudino, bem como a outros quinze acusados, a prática do crime de formação de quadrilha, que consistiria na associação, de forma estável e permanente, sob o comando do primeiro, para o cometimento de estelionatos. Agindo dessa forma, continua a exordial, os denunciados teriam

perpetrado vinte estelionatos, contra diversas vítimas, entre o final do ano de 2005 e o dia 22 de dezembro de 2007.

Os crimes consistiriam na aplicação do engodo denominado golpe do 5 x 1 ou feitiço, no qual era oferecida à vítima a possibilidade de adquirir dinheiro, que seria proveniente do Banco Central ou da Casa da Moeda ou, ainda, seria fruto de sobras de campanha política.

No curso da empreitada criminoso, para cooptar o ofendido e mantê-lo em erro, fazendo-o acreditar na possibilidade de obtenção do que lhe fora inicialmente prometido, vão surgindo novos integrantes da quadrilha, os quais acabam exigindo mais dinheiro. Em dado momento, uma valise é exibida à vítima contendo diversos maços com algo que seria cédulas de R\$ 50,00 (cinquenta reais), todas pintadas com uma tinta preta, justamente em razão da alegada origem espúria, mas cuja “lavagem” seria possível, com a aplicação de um líquido especial. Na sequência, ocorre o “feitiço”. Uma das “notas pretas” é submetida à imersão em um prato com o tal produto, quando então a tinta se dissolve e a nota, perfeita, é exibida à vítima. Entretanto, a aquisição do tal produto consiste em mais uma etapa do plano, a fim de arrecadar mais dinheiro da vítima. Ocorre, ainda, que o líquido, em verdade um ácido corrosivo, é entregue à vítima em latas acondicionadas em um isopor com cepilho, mas com a advertência de que precisam ser enterradas e que só poderão ser utilizadas depois de um ou dois dias. Nesse tempo, o ácido acaba corroendo a lata e evaporando, fazendo com que a vítima entre em contato com um dos integrantes do bando para aquisição de mais líquido.

Irresignados com a prestação jurisdicional, os réus recorrem da sentença:

a) Flávio Sidnei Moreira sustenta, preliminarmente, a inépcia da denúncia, que não teria individualizado a conduta praticada por cada acusado. No mérito, busca a absolvição dos crimes que lhe foram imputados,

sob o argumento de que as provas são insuficientes para a manutenção do decreto condenatório. Subsidiariamente, pretende a redução da reprimenda e o reconhecimento de que os delitos de estelionato foram havidos em continuidade delitiva.

b) Zulmar Claudino, além de reprimir a prefacial de inépcia da denúncia ventilada pelo corréu, aponta a ocorrência do mesmo vício no que pertence ao delito do art. 288, *caput*, do Código Penal e de cerceamento de defesa, o qual decorreria da utilização de prova emprestada. Como matéria de fundo, aduz que não estariam presentes os elementos caracterizadores do crime de estelionato, mormente a boa-fé das vítimas. Acrescenta que os crimes patrimoniais seriam impossíveis, em razão da ineficácia do meio utilizado. Aduz, ainda, que não existem provas suficientes de que teria concorrido para os crimes, tampouco do preenchimento dos requisitos da formação de quadrilha. Pretende, também, a redução da pena, o reconhecimento da continuidade delitiva e a restituição dos bens apreendidos. Por fim, pleiteou o pré-questionamento da matéria.

As contrarrazões foram prestadas às fls. 2310/2315.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer do Dr. Pedro Sérgio Steil, manifesta-se pelo provimento parcial dos apelos, a fim de que sejam adequadas as penas-base (fls. 2358/2365).

VOTO

Analisam-se, inicialmente, as preliminares invocadas pelos apelantes.

1 Inépcia da denúncia

Flávio Sidnei Moreira e Zulmar Claudino postulam o reconhecimento da inépcia da denúncia, porquanto a narrativa dos fatos levada a efeito pelo órgão do Ministério Público não teria individualizado as condutas praticadas por cada acusado.

Vale ressaltar que a higidez da denúncia e o seu recebimento estão adstritos apenas ao cumprimento dos requisitos expostos no art. 41 do Código de Processo Penal e à existência de elementos seguros que demonstrem a ocorrência dos crimes e os indícios suficientes da autoria.

No caso dos autos, a exordial acusatória, em longa e detalhada exposição, trouxe satisfatoriamente os fatos criminosos, embasada em robusto inquérito policial, indicando a capitulação em que os réus incidiram (estelionatos e formação de quadrilha) e as suas qualificações, possibilitando a plenitude de defesa.

Vale lembrar que, *“se a denúncia estava formalmente perfeita, contendo a descrição clara dos fatos que, em tese, configuram crime, e não havia prova inequívoca em sentido contrário, impunha-se o respectivo recebimento, porquanto existia justa causa para a instauração da ação penal, não se podendo repelir a acusação com fundamento na ausência de prova relativamente àquilo que o dominus litis se propôs a demonstrar no curso da instrução”* (Apelação Criminal n. 2007.018155-2, rel. Des. Sérgio Paladino, j. em 3/7/2007).

Sobre o assunto, José Antônio Paganella Boschi observa:

“Desde que a inicial forneça indicações suficientes para que o réu conheça todos os contornos fáticos em que se estriba a pretensão acusatória para poder, se quiser, exercer plenamente sua defesa, não haverá razão para que a inicial seja rejeitada por inépcia, embora eventualmente esteja redigida com economia de palavras” (*Ação penal*. São Paulo: Aide, 1997. p. 183).

Entendimento contrário conduziria, sem dúvida alguma, à impossibilidade de apuração de crimes sempre que praticados em concurso. Ademais, segundo o Supremo Tribunal Federal, posicionamento *“firmou-se no sentido de não exigir a individualização das ações de cada agente quando se trata de crime de autoria coletiva”* (STF, HC n. 98.156/RJ, rela. Mina. Ellen Gracie, j. em 29/9/2009).

O Superior Tribunal de Justiça não destoia:

“PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. DELITO SOCIETÁRIO. DENÚNCIA. IMPUTAÇÃO GENÉRICA. INDÍCIOS DE AUTORIA E MATERIALIDADE. AÇÃO PENAL. TRANCAMENTO. FALTA DE JUSTA CAUSA. IDONEIDADE DA DENÚNCIA. OMISSÕES SUPRÍVEIS ANTES DA SENTENÇA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL DESCARACTERIZADO. ORDEM DENEGADA. 1. É idônea a denúncia que narra crime de autoria coletiva, sem a particularização das condutas dos agentes, mas que permite o exercício da ampla defesa [...]” (RHC n. 16.244/PR, rel. Min. Og Fernandes; j. em 1º/7/2008).

E este Tribunal de Justiça, sistematicamente, tem se manifestado no mesmo sentido, conforme se depreende do *Habeas Corpus* n. 2009.062041-4, da Capital, rel. Des. Alexandre d’Ivanenko, j. em 24/11/2009 e da Ape- lação Criminal n. 2006.047038-4, de Joinville, rel. Des. Sérgio Paladino, j. em 13/3/2007.

Verifica-se que a narrativa das condutas proscritas, tanto dos este- lionatos quanto da formação de quadrilha, foi suficiente, demonstrando a colaboração de cada denunciado para a efetivação dos crimes patrimoniais e os variados papéis que eram desempenhados, dentro da organização, por cada envolvido, de acordo com a ocasião e a respectiva disponibilidade.

Dessarte, infere-se que estão satisfeitos os requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal, não conduzindo os argumentos lançados à inépcia da denúncia.

2 Cerceamento de defesa

A defesa de Zulmar Claudino sustenta a ocorrência de cerceamento de defesa, consubstanciado na utilização, no curso da instrução, de prova emprestada.

Ao compulsar a sentença recorrida, constata-se que alguns dos fundamentos utilizados pelo Magistrado de Primeiro Grau, com os quais concluiu pela condenação dos réus, foram extraídos dos autos da ação

Penal n. 008.07.034866-6, que investiga a concorrência de outros agentes nos mesmos fatos.

Como se sabe, não pode o julgador se utilizar de elemento estranho aos autos para embasar o *decisum*. No entanto, vislumbra-se que, na espécie, os elementos referidos foram trasladados em prematuro estágio da instrução criminal, oportunizando à defesa e à acusação o exercício do contraditório. Além disso, tais provas emprestadas, consistentes na oitiva de algumas vítimas, foram repetidas nestes autos, momento em que essas ratificaram as declarações que haviam prestado e responderam às perguntas do Ministério Público e da combativa defesa.

Nos termos do art. 155 do Código de Processo Penal, o juiz formará a sua convicção pela livre apreciação da prova, de modo em que, pautando-se no sistema da livre convicção, poderá decidir livremente de acordo com a sua consciência, devendo, todavia, expor os fundamentos de sua opção.

Assim, atribui-se ao magistrado relativa liberdade para que se alcance a verdade real. Ao decidir, todavia, além de sujeitar-se ao dever de explicitar as motivações de seu convencimento, não pode o julgador buscar como fundamento elementos que sejam estranhos aos autos, em atenção ao conhecido brocardo *quod neon est in actis non est in mundo*.

Esse é o teor do item VII da Exposição de Motivos do Código de Processo Penal:

“Todas as provas são relativas; nenhuma delas terá, *ex vi legis*, valor decisivo, ou necessariamente maior prestígio que outra. Se é certo que o juiz fica adstrito às provas constantes dos autos, não é menos certo que não fica subordinado a nenhum critério apriorístico no apurar, através delas, a verdade material. O juiz criminal é, assim, restituído à sua própria consciência”.

A prova emprestada de processo distinto, que figuram como partes pessoas diversas, pode ser utilizada. Não obstante, embora constitua instrumento que conduz à economia processual, esses elementos detêm valor

probatório precário, uma vez que não foram produzidos com a intervenção das partes, bem como a sua validade fica condicionada à passagem pelo crivo do contraditório.

Consoante a lição de Fernando Capez, a prova emprestada “*é aquela trasladada de um processo para outro, por meio de certidão extraída daquele. Embora atenda aos reclamos da economia processual, deve ser encarada com reserva pelo Juiz, pois não foi produzida sob o crivo do contraditório do processo que a tomou por empréstimo*” (Curso de processo penal. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 400).

Sobre o tema, Fernando da Costa Tourinho Filho sustenta que, *vigorando entre nós os princípios do contraditório e da ampla defesa, parece claro que o valor probatório dessa ‘prova emprestada’ fica condicionado à sua passagem pelo crivo do contraditório, do contrário ela se torna ilícita, já que obtida com violação de princípios constitucionais*” (Código de processo penal comentado. v. 1. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 515).

A validade da prova emprestada, em observância ao princípio do devido processo legal, fica subordinada ao seu traslado de um processo para outro, por meio de certidão extraída dos autos originários, bem como se exige que diga respeito aos mesmos fatos e tenha sido parte aquele contra quem se pretende admiti-la, salvo se a sua produção não se submeta ao contraditório.

Do escólio de Guilherme de Souza Nucci, extrai-se:

“O juiz pode levá-la em consideração, embora deva ter a especial cautela de verificar como foi formada no outro feito, de onde foi importada, para saber se houve o indispensável devido processo legal. Essa verificação inclui, naturalmente, o direito indeclinável ao contraditório, razão pela qual abrange o fato de ser constatado se as mesmas partes estavam envolvidas no processo onde a prova foi efetivamente produzida” (Código de processo penal comentado. 8. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 343).

Nesse sentido, colhe-se da jurisprudência dos Tribunais Superiores:

“I. Recurso extraordinário: [...] III. Prova emprestada e garantia do contraditório. [...] Prova emprestada e garantia do contraditório. A garantia constitucional do contraditório - ao lado, quando for o caso, do princípio do juiz natural - é o obstáculo mais frequentemente oponível à admissão e à valoração da prova emprestada de outro processo, no qual, pelo menos, não tenha sido parte aquele contra quem se pretenda fazê-la valer; por isso mesmo, no entanto, a circunstância de prover a prova de procedimento a que estranho a parte contra a qual se pretende utilizá-la só tem relevo, se cuida de prova que - não fora o seu traslado para o processo - nele se devesse produzir no curso da instrução contraditória, com a presença e a intervenção das partes. Não é a hipótese dos autos: aqui o que se tomou de empréstimo ao processo a que respondeu co-ré da recorrente, foi o laudo de materialidade do tóxico apreendido, que, de regra, não se faz em juízo e à veracidade do qual nada se opõe” (STF, RE n. 328.138/MS, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 16/9/2003).

E:

“*HABEAS CORPUS*. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. VÍTIMA MENOR DE SETE ANOS. [...] PROVA EMPRESTADA. ADMISSIBILIDADE. OFENSA AO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO. INEXISTÊNCIA. MOTIVAÇÃO SUFICIENTE. CONDUTA QUE SE SUBSUME AO TIPO PENAL. *WRIT* DENEGADO.

“[...]”

“3. A prova emprestada é admissível no âmbito do processo penal, quando colhida em feito entre as mesmas partes, foi produzida com obediência aos procedimentos legais, diz respeito aos mesmos fatos objetos da acusação que se busca provar, com ampla oportunidade de manifestação do acusado em ambas as ações, inexistindo, assim, ofensa ao princípio do contraditório. Precedentes do STJ” (STJ, HC n. 63.658/RS, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. em 7/8/2007).

Ressalta-se, entretanto, que a prova produzida em processo penal distinto, com a participação de terceiros, não obstante detenha valor precário, é admissível, desde que as partes dela tenham ciência, que sobre

ela seja possibilitado o exercício do contraditório e não constitua o único elemento de convicção a respaldar o convencimento do julgador.

Veja-se:

“PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. HOMICÍDIO QUALIFICADO. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DA SESSÃO DE JULGAMENTO. PROVA EMPRESTADA. UTILIZAÇÃO NO PROCESSO PENAL. POSSIBILIDADE. PECULIARIDADES DO CASO. I - Não obstante o valor precário da prova emprestada, ela é admissível no processo penal, desde que não constitua o único elemento de convicção a respaldar o convencimento do julgador (Precedentes do c. Pretório Excelso e do STJ). II - Na espécie, não há comprovação segura de que a prova encartada aos autos, consistente em depoimentos testemunhais trasladados de outra ação penal, na qual o paciente não era réu, foi, sequer, levada ao conhecimento do Conselho de Sentença, razão pela qual mostrasse temerário o acolhimento da nulidade aventada pela defesa com base, exclusivamente, em suposição acerca de sua efetiva utilização em Plenário” (STJ, HC n. 94.624/SP, rel. Min. Felix Fischer, j. em 26/5/2009).

Pinça-se do voto proferido pelo Ministro Felix Fischer:

“Inicialmente, destaco que esta Corte, com respaldo na jurisprudência do c. **Pretório Excelso**, admite a possibilidade de utilização, no processo penal, de prova emprestada, **ainda que produzida em ação penal na qual o réu não era parte**, desde que ela não constitua o **único elemento** para a formação da convicção do julgador, justamente em razão de seu **caráter precário**”

“[...]”

“Assim, na linha dos precedentes apontados, a circunstância dos depoimentos testemunhais, tidos como prejudiciais ao paciente, terem sido extraídos de ação penal na qual ele não era réu, por si só, não torna ilegítima a prova, desde que esta assuma, na decisão, **caráter meramente complementar** aos demais elementos de convicção produzidos na ação penal própria e, além disso, seja oportunizada às partes, no processo para o qual foi trasladada, manifestação a seu respeito” (destaques no original).

No caso em tela, o Juiz *a quo*, ao citar depoimentos colhidos dos autos n. 008.07.034866-6, utilizou-se de provas coligidas em processo distinto para corroborar o seu convencimento. No entanto, possibilitou o contraditório, com a juntada prematura dos depoimentos mencionados, e baseou a decisão em outros elementos de prova, sendo que estes foram devidamente produzidos durante a instrução criminal.

Logo, não há que se cogitar em cerceamento de defesa, pois respeitados os princípios elencados no art. 5º, LV, da Constituição Federal.

Afastadas as preliminares, passa-se à análise dos recursos.

3 Restituição dos bens apreendidos

Zulmar Claudino pretende a restituição dos bens que foram apreendidos. Salienta-se, entretanto, que a análise desse pleito é descabida neste momento processual, bem como o meio utilizado pela defesa não é apropriado. Como bem destacou o Sentenciante, os procedimentos de apreensão foram efetivados na ação penal n. 008.07.0344866-6. Logo, o requerimento de liberação deve ser formulado naqueles autos.

Ademais, como o mérito de tal pedido não foi analisado na sentença recorrida, a aferição por esta Corte importaria em indesejável supressão de instância.

Dessa feita, não se conhece do pedido.

No mais, preenchidos os requisitos objetivos e subjetivos de admissibilidade dos recursos, promove-se à aferição do mérito.

4 Estelionatos

Parcialmente acolhida pelo Magistrado de Primeiro Grau, a denúncia imputou a Flávio Sidnei Moreira e Zulmar Claudino, além de outros quinze acusados, muitos deles pertencentes à família do primeiro, que seria o líder do grupo, o cometimento de diversos crimes de estelionatos, cuja fraude,

denominada de golpe do 5 x 1 ou feitiço, consistiria no oferecimento às vítimas, mediante um esquema de cooptação muito bem elaborado, da possibilidade de adquirir dinheiro, na proporção que lhe deu nome, proveniente do Banco Central, da Casa da Moeda ou fruto de sobras de campanha política.

O estratagema utilizado pelos envolvidos, apesar de contar com algumas variações, motivadas pela reação da vítima a cada movimento da quadrilha, muitas vezes envolvia a realização do tal feitiço – lavagem de notas pretas que se transformariam em cédulas de R\$ 50,00 (cinquenta reais)–, que se traduzia, na verdade, em outro instrumento para assacar mais dinheiro. No fim, as vítimas acabavam perdendo todo o dinheiro que haviam repassado aos integrantes do bando e eram ameaçadas quando tentavam reavê-lo.

Foi assim que, segundo o *decisum*, os apelantes teriam perpetrado os delitos patrimoniais pelos quais foram condenados.

Além de reprisar o argumento do corréu Flávio Sidnei Moreira de que as provas seriam insuficientes para a condenação, Zulmar Claudino sustenta que não teria se configurado o delito de estelionato, em razão da má-fé dos ofendidos. Aponta, ainda, que o crime seria impossível, uma vez que o meio fraudulento utilizado era ineficaz ou simplesmente não existia.

O crime de estelionato, nos termos do art. 171, *caput*, do Código Penal, constitui-se na conduta de “*obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento*”.

Acerca da configuração do estelionato, leciona Damásio E. de Jesus:

“Estelionato é o fato de o sujeito obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento. [...] Na espécie, o legislador define o comportamento

do sujeito, empregando fraude no induzimento ou na manutenção de alguém em erro, e o resultado, vantagem ilícita, em prejuízo alheio. O núcleo do tipo é o verbo 'obter'. Desta forma, para a existência do delito, é imprescindível que o sujeito obtenha vantagem ilícita. Em outros termos, o CP exige a produção do resultado duplo (vantagem ilícita, em prejuízo alheio)" (*Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 425/426).

Fernando Capez complementa: *"trata-se de crime em que, em vez da violência ou grave ameaça, o agente emprega um estratagema para induzir em erro a vítima, levando-a a ter uma errônea percepção dos fatos, ou para mantê-la em erro, utilizando-se de manobras para impedir que ela perceba o equívoco em labora"* (*Curso de direito penal*. v. 2. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 536).

Cezar Roberto Bitencourt enumera os requisitos fundamentais do tipo penal: *"1) emprego de artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento; 2) induzimento ou manutenção da vítima em erro; 3) obtenção de vantagem patrimonial ilícita em prejuízo alheio (do enganado ou de terceiro)"* (*Código penal comentado*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 670).

Estando ausente qualquer um desses requisitos, como sustentou a defesa do acusado Zulmar Claudino, não há que se falar em delito de estelionato. Não é esse, todavia, o caso dos autos.

A existência do expediente fraudulento é inconteste. Com algumas variações, a fraude utilizada pelos réus e seus consortes consistia na suposta venda de dinheiro desviado de fontes lícitas. O engodo envolvia, ainda, a arrecadação de recursos para a aventada aquisição de um líquido especial, que seria necessário para "lavar" o dinheiro. Considerando a prova oral coligida, pode-se afirmar que as vítimas foram efetivamente induzidas em erro, passando a acreditar que receberiam, em contrapartida ao numerário que dispuseram, grande retorno financeiro. É indubitoso, igualmente, que

os réus obtiveram vantagem patrimonial em prejuízo dos ofendidos, que lhes entregaram vultosas quantias de dinheiro e nada receberam em troca.

Ao contrário do que sustenta a defesa, a má-fé das vítimas, a qual estaria estampada na tentativa de obter vantagem por meio de um negócio ilícito, não afasta a ocorrência do crime do art. 171, *caput*, do Código Penal, até porque aquelas foram enganadas pelos agentes, que se beneficiaram, e sofreram prejuízo patrimonial. A boa-fé daquele que é enganado não constitui elemento do tipo.

Quanto à ocorrência da denominada torpeza bilateral, Fernando Capez expõe:

“Trata-se de hipótese em que a vítima também age de má-fé. A má-fé aqui se refere ao intuito de obter proveito mediante um negócio ilícito ou imoral, e não ao emprego de fraude pela vítima. [...] Desse modo, questiona-se: a má-fé da vítima tem o condão de excluir o crime de estelionato praticado pelo agente? Esse tema foi bastante discutido na doutrina e jurisprudência. Vejamos.

“1º Posição: não existe crime de estelionato. É o entendimento de Néelson Hungria, com os seguintes argumentos: a) somente goza de proteção legal o patrimônio que serve a um fim legítimo, dentro de sua função econômica-social; b) o Código Civil, em seu art. 883, *caput*, dispõe que ‘não terá direito à repetição aquele que deu alguma coisa para obter fim ilícito, imoral ou proibido por lei’ [...].

“2º Posição: existe estelionato, não importando a má-fé do ofendido. É a posição majoritária, que também consideramos correta porque: a) o autor revela maior temibilidade, pois ilude a vítima e lhe causa prejuízo; b) não existe compensação de condutas no Direito Penal, devendo punir-se o sujeito ativo e, se for o caso, também a vítima; c) a boa-fé do lesado não constitui elemento do tipo do crime de estelionato; d) o dolo do agente não pode ser eliminado apenas porque houve má-fé, pois a consciência e vontade finalística de quem realiza a conduta independe da intenção da vítima” (*Curso de direito penal*. v. 2. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 541/542 – grifou-se).

Em que pese a existência de entendimento contrário, considera-se irrelevante, para a análise da conduta perpetrada pelos sujeitos ativos, terem as vítimas obrado com má-fé, consoante entendimento do Supremo Tribunal Federal, o qual foi secundado por Julio Fabbrini Mirabete:

“Estelionato. Má-fé da vítima. Irrelevância. Fraude bilateral que não torna lícita a ação criminosa. Não inclusão de boa-fé entre os elementos do tipo descrito no art. 171 do CP. (...) Embora reprovável a conduta da vítima que participa da trama de outrem visando a vantagem ilícita, a sua boa-fé não é elemento do tipo previsto no art. 171. Sanciona-se a conduta de quem arquiteta a fraude, porque o Direito Penal tem em vista, primordialmente, a ofensa derivada do delito (RT 622/387)” (*Código penal interpretado*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 1585).

Desta Corte:

“ESTELIONATO – RECURSO DEFENSIVO PRETENDENDO A ABSOLVIÇÃO – AGENTE QUE SIMULANDO VENDA DE CELULAR, PEGA DINHEIRO DA VÍTIMA E NÃO ENTREGA APARELHO TELEFÔNICO – PLEITO DE RECONHECIMENTO DA ATIPICIDADE DA CONDUTA POR CONSTITUIR MERO ILÍCITO CIVIL – IMPOSSIBILIDADE – VANTAGEM ILÍCITA AUFERIDA PELO AGENTE, QUE CAUSA PREJUÍZO PATRIMONIAL À VÍTIMA, MEDIANTE ENGODO – ELEMENTOS DO TIPO PENAL DEMONSTRADOS – CONDENAÇÃO MANTIDA

“ALEGAÇÃO DE TORPEZA BILATERAL – MÁ-FÉ DA VÍTIMA NÃO EVIDENCIADA – SITUAÇÃO QUE CASO COMPROVADA, NÃO BENEFICIARIA O AGENTE DO ESTELIONATO [...]” (Apelação Criminal n. 2006.002387-9, da Capital, rel. Des. Torres Marques, j. em 9/5/2006).

Da mesma forma, não prospera, para o fim de afastar a existência dos delitos de estelionato, o argumento de que não haveria fraude, haja vista que as vítimas teriam simplesmente aderido à conduta que lhes foi proposta. Os ofendidos, imbuídos de má-fé ou não (isso é irrelevante), despojaram-se de seus bens em troca da aquisição de mais dinheiro, provenientes das fontes

já referidas, desconhecendo, portanto, a fraude perpetrada pelos apelantes. Ao passo que os réus, já sabedores da inexistência de tal numerário, bem como da falibilidade do tal líquido especial em transformar papel preto em dinheiro, pretendiam simplesmente se apoderar dos bens repassados pelos ofendidos.

Rejeita-se, ainda, a ocorrência de crime impossível, em razão da suposta ineficácia do meio utilizado.

Sobre o tema:

“O crime impossível, também denominado tentativa impossível, tentativa inidônea, tentativa inadequada e quase crime, em que o agente, de forma alguma, conseguiria chegar à consumação, motivo pelo qual a lei deixa de responsabilizá-lo pelos atos praticados, apresenta-se em duas espécies diferentes: pela ineficácia absoluta do meio e pela absoluta impropriedade do objeto. Na primeira hipótese, em que há ineficácia absoluta do meio empregado pelo agente, o meio é totalmente ineficaz, inidôneo, inadequado para que o sujeito obtenha o resultado. Não exclui a possibilidade de tentativa, respondendo o agente por ela, quando o meio é relativamente ineficaz, ou seja, quando há uma mínima possibilidade de atingir o resultado” (MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código penal interpretado*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 188).

Longe de ser ineficaz, o meio empregado para o cometimento dos crimes de estelionato – expediente fraudulento – foi plenamente capaz de induzir as vítimas em erro, fazendo com que elas se despojassem de grande quantidade de dinheiro em favor dos apelantes, e, assim, permitir a consumação do delito.

Como o meio não era absolutamente ineficaz, não é possível o reconhecimento do instituto previsto no art. 17 do Código Penal.

Superada essa necessária análise inicial, investiga-se a existência de provas para a manutenção do decreto condenatório.

Como fizeram na fase extrajudicial (fls. 569/570 e 580/581), ao serem interrogados pelo Juízo, os apelantes negaram a veracidade das acusações, ressaltando, inclusive, que desconheciam o golpe narrado na denúncia. Flávio Sidnei Moreira afirmou que as vítimas teriam sido induzidas pelos policiais, que teriam inveja da boa vida que levava (fls. 1780/1781). Por sua vez, Zulmar Claudino disse desconhecer os motivos que levaram ao envolvimento de seu nome com os delitos que lhe foram imputados. Acrescentou que desconhece a utilização do seu estabelecimento comercial para tal fim (fls. 1782/1784).

No entanto, não é essa a conclusão que pode ser extraída dos demais elementos probatórios, nos quais os ofendidos, com segurança, identificaram os apelantes como autores dos crimes de estelionato.

Vale dizer que as palavras das vítimas gozam de especial valor probatório, ainda mais no caso dos autos, em que lhes foi possível reconhecer os responsáveis pelas infrações penais. Por essa razão, as declarações dos ofendidos, principalmente quando ponderadas em conjunto, revelando a utilização do mesmo *modus operandi*, galgam de credibilidade suficiente para comprovar a materialidade e autoria delitivas, as quais ainda encontram suporte nos boletins de ocorrência, no termo de reconhecimento e nas demais peças de informação. Esses elementos bastam para que seja alcançado o juízo de certeza, em atenção ao art. 155, *caput*, do Código de Processo Penal.

Embora tenham variado os papéis que Flávio Sidnei Moreira assumiu para a consecução dos objetivos criminosos da quadrilha, as vítimas Anderson Baldo (fls. 62/64 e 1778/1779), Jean Carlos Garcia (fls. 507/510 e 1761/1763), Alberto Mass Rodrigues (fls. 19/21 e 1650), Jonathan Maffezzoli (fls. 3/4 e 1647), Aline Rosa Nunes (fls. 22/23 e 1651), Norli José Godoz (fls. 8/10 e 1648), Cícero Rodrigues da Silva (fls. 491/493 e 1694), Ralf Buse (fls. 381/382 e 1691), Gustavo Daniel Zimmermann (fls.

33/34 e 1652), Valdecir de Souza (fls. 12/15 e 1649), Agenor Teixeira de Souza Júnior (fls. 122/124 e 1690), Luiz Antônio Cardoso (fls. 384/385 e 1692/1693), Valdir Amorim Alves (fls. 546/547 e 1702) e Amarildo Cardoso de Mello (fls. 552/554 e 1706) o reconheceram como um dos autores dos crimes de estelionato que sofreram.

Além de confirmarem a concorrência do corréu, os ofendidos Norli José Godoz (fls. 8/10 e 1648) e Amarildo Cardoso de Mello (fls. 552/554 e 1706) também reconheceram Zulmar Claudino como um dos responsáveis pelo cometimento dos crimes que os afligiram. De modo semelhante, a vítima Gilmar Aurélio Rocha atribuiu a autoria do crime que sofrera a Zulmar Claudino (fls. 38/41 e 2038).

Ouvido pelo Juízo, Anderson Baldo narrou que coube a Flávio Sidnei Moreira o contato inicial, momento em que este informou da possibilidade de trocar dinheiro de sobra de campanha política, na proporção 5 x 1. Depois disso, na presença de Flávio Sidnei Moreira, outro integrante da quadrilha, identificado como “Doutor”, demonstrou como era feita a forjada transformação de notas pretas em dinheiro. Para que fosse conquistada a confiança da vítima e assacado mais dinheiro, esta foi levada à residência de Valdevino Moreira, vulgo “Kiko”, por duas ou três vezes, onde foram realizados churrascos na companhia de toda a família. Confiando na existência do sistema de troca de dinheiro, o ofendido entregou a Flávio Sidnei Moreira R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) em espécie. Levado à casa de Valdevino para retirar a sua retribuição, foi novamente enganado pelo bando, que, mantendo-o em erro, tratou de convencê-lo a entregar cerca de R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais), a fim de que fosse adquirido o líquido especial necessário para a lavagem das notas. Ao final, assinalou: “[...] com toda a certeza realizou o negócio iludido por Flávio e por todas as pessoas que participaram do negócio; que depois que percebeu o golpe e fez as cobranças recebeu algumas ameaças de Flávio por telefone dizendo que sabia onde o informante morava” (fls. 1778/1779).

A materialidade e autoria do delito encontra ressonância também nos depoimentos extrajudiciais do ofendido (fls. 62/64 e 518) e no termo de reconhecimento por fotografia, no qual são apontados Valdir Serafim Júnior, Kleber das Neves, Valdevino Moreira, Marli Corrêa, Dalmiro de Castro Brasil e o apelante Flávio Sidnei Moreira (fl. 65).

Jean Carlos Garcia contou ao Juízo que foi contactado por Kleber da Neves, a quem já conhecia. Kleber informou à vítima que um amigo possuía um caminhão para vender e perguntou-lhe se tinha interesse. Em um almoço, o ofendido foi levado ao encontro, transportado por Valdir Manoel Serafim Júnior, que fingia ser o motorista do réu Flávio Sidnei Moreira, onde este tratou da venda do veículo, pelo valor de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais). Depois de arrecadado o dinheiro, a vítima se dirigiu a Curitiba, onde estaria o caminhão. No caminho, encontrou-se com Flávio Sidnei Moreira e Elias Souza de Abreu e, na sequência, foi-lhe apresentado o veículo. Com a devida conferência do bem que acreditou estar adquirindo, o ofendido entregou a quantia em dinheiro que transportava. Depois de simularem a ocorrência de um problema com a documentação do veículo, a vítima retornou para a sua residência. Na manhã seguinte, Jean Carlos Garcia descreveu que foi levado por Kleber a um apartamento, onde encontrou Elias Souza de Abreu, Flávio Sidnei Moreira e uma mulher com um lenço na cabeça, a qual foi apresentada como sendo a irmã do último. Nesse momento foi revelada a segunda parte do golpe. Flávio Sidnei Moreira admitiu que o negócio do caminhão não existia e apresentou a possibilidade da vítima adquirir dinheiro desviado do Banco Central, o qual poderia ser colocado em circulação depois de banhado em uma substância química. Foi, então, apresentado o feitiço narrado na denúncia e solicitada a disposição de mais R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais) para a aquisição de tal líquido. O ofendido, segundo relata, não concordou e começou uma tentativa de reaver o capital que havia perdido. Em razão de sua insistência, foi levado por Kleber das Neves à residência de Valdevino

Moreira, onde também estavam Flávio Sidnei Moreira e Marli Corrêa, mas não conseguiu o pretendido (fls. 1761/1763).

As palavras do ofendido, as quais bem comprovam a materialidade e autoria delitivas, são corroboradas pelas declarações que prestara na fase policial (fls. 507/510) e pelo termo de reconhecimento, no qual identificou Kleber das Neves, Valdevino Moreira, Elias Souza de Abreu, Ivanir Éster, Valdir Manoel Serafim Júnior, Marli Corrêa e o réu Flávio Sidnei Moreira (fls. 511/512).

Da mesma forma, Alberto Mass Rodrigues confirmou a concorrência do apelante Flávio para o delito previsto no art. 171, *caput*, do Código Penal do qual foi vítima. Perquirido pelo Juízo, o ofendido disse que entregou parte da quantia de R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais) a Flávio Sidnei Moreira, Valdir Manoel Serafim Júnior e Elias Souza de Abreu, em um encontro na frente da Câmara de Vereadores de Florianópolis, quando lhe foi prometida a entrega das notas. Em uma segunda oportunidade, momento em que lhe seria entregue o líquido especial para “lavar” o dinheiro, a vítima repassou mais dinheiro ao grupo (fl. 1650).

As palavras da vítima são coerentes com aquelas que prestara na fase investigativa (fls. 19/21) e judicial, quando ouvida nos autos n. 008.07.034866-6, nos quais relata com mais detalhes o golpe aplicado pelo réu Flávio Sidnei Moreira e seus asseclas (fls. 1681/1682). Há, ainda, o termo de reconhecimento por fotografia carreado à fl. 21. Assim, denota-se que foram demonstradas à saciedade a materialidade e a autoria do crime perpetrado contra Alberto Mass Rodrigues.

Jonathan Maffezzoli, ao ser perquirido pela autoridade judiciária, informou que entregou R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) em dinheiro a Flávio Sidnei Moreira e Valdevino Moreira, além de transferir a estes a propriedade de um veículo GM/Montana, que acabou recuperado. Explicou que aderiu ao negócio ofertado pelos dois acusados, o qual envolvia o

recebimento, na proporção 5 x 1, de dinheiro advindo do Banco Central (fl. 1647).

Como se vê, a aplicação do mesmo expediente fraudulento induziu Jonathan Maffezzoli em erro, levando-o a entregar ao bando, que foi representado por Flávio Sidnei Moreira e Valdevino Moreira, expressiva quantia em dinheiro, arcando com prejuízo e garantindo a estes o recebimento de vantagem indevida. Tal dinâmica dos acontecimentos, a qual espelha a materialidade e a autoria delitiva, encontra espeque no depoimento extrajudicial da vítima (fls. 3/4 e 16/17) e nas declarações colhidas nos autos n. 008.07.034866-6 (fls. 1673/1675). Não devem ser desconsiderados, ainda, os documentos do distrato comercial que envolveu o veículo GM/Montana (fls. 29/31) e o termo de reconhecimento juntado às fls. 531/532, no qual o ofendido apontou Flávio Sidnei Moreira, Valdevino Moreira e Marli Corrêa.

Por sua vez, Aline Rosa Nunes, sob o crivo do contraditório, ratificou as declarações prestadas nos autos n. 008.07.034866-6, em que narrou o golpe sofrido por ela e por sua mãe, Clarisse Rosana Rosa, e indicou o réu Flávio Sidnei Moreira como um dos autores.

Aline afirmou ter entregado a Elias Souza de Abreu a quantia de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), anuindo com a promessa de que receberia em troca R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), que seriam desviados da Casa da Moeda. Além dele, a ofendida ressaltou que *“tomaram parte nesse golpe Elias, a esposa dele, Evanir, Ester, Valdevino Moreira, vulgo ‘Kiko’, Flávio Sidnei Moreira, Kleber das Neves e Maciel Rodrigues dos Santos”*. Acrescentou que lhe foi apresentado o feitiço, consistente na transformação de notas pretas em dinheiro, e explicou que *“foram Elias e Ivanir as pessoas que atuaram diretamente no golpe, mas sempre estava presente Flávio, que se mostrava otimista com o resultado da negociação”* (fls. 1683/1684).

Reforçam o elenco probatório o depoimento que a vítima deu na fase policial (fls. 22/23) e o termo de reconhecimento por fotografia (fl. 24).

Norli José Godoz identificou como autores do delito de estelionato os apelantes Flávio Sidnei Moreira e Zulmar Claudino, que teria se apresentado como Jair.

Ouvido pelo Juiz *a quo*, a vítima ratificou as declarações que prestou nos autos n. 008.07.034866-6 e confirmou que entregara a Valdevino Moreira, em duas oportunidades, os valores de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) e R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Naqueles autos, o ofendido contou com mais detalhes a empreitada criminosa, salientando as condutas que foram desempenhadas pelos apelantes e pelos outros comparsas. Norli José narrou que coube a Valdevino Moreira, a quem já conhecia, a apresentação de um suposto modo fácil de conseguir dinheiro, o qual envolveria recursos de sobra de campanha. Aderindo a proposta, a vítima se dirigiu a uma cidade próxima de Curitiba, tendo sido acompanhada por Valdevino Moreira, Marli Corrêa, Flávio Sidnei Moreira e Zulmar Claudino (Jair), que foi apresentado pelo primeiro e seria dono de um motel em São Francisco do Sul. Naquela urbe, o ofendido entregou R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) a Valdevino Moreira, e este os colocou na camionete de Zulmar Claudino. Depois disso, novamente enganada pelos mencionados integrantes da quadrilha, a vítima lhes entregou mais R\$ 10.000,00 (dez mil reais), a fim de que fosse adquirido um líquido especial para transformar notas pretas em dinheiro. Quando foi exigido mais dinheiro, o ofendido recusou a entrega e, na sequência, recebeu um telefonema de “[...] *uma pessoa que se dizia da Polícia Federal e afirmando que havia prendido Jair e Valdevino com dinheiro e que o número do telefone do declarante estava na agenda de Valdevino [...]*” (fls. 1676/1678).

Destaca-se, também, que a vítima ofertou declarações semelhantes perante a autoridade policial (fls. 8/10) e efetuou o reconhecimento dos

apelantes, conforme se extrai dos termos colacionados às fls. 37, 70 e 537/538.

Portanto, nota-se que não se pode acolher os argumentos expendidos pelas defesas dos apelantes. As provas bastam para comprovar a materialidade e autoria delitivas, porquanto a vítima descreveu claramente o golpe sofrido, o prejuízo que obteve e a vantagem indevida percebida pelos réus.

A vítima Cícero Rodrigues da Silva, ao ser questionada pelo Juízo, além de ratificar as declarações ofertadas nos autos n. 008.07.034866-6, relatou que entregou R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) ao apelante Flávio Sidnei Moreira, R\$ 7.000,00 (sete mil reais) a Valdevino Moreira e R\$ 1.000,00 (mil reais) a Clonir Paulo da Costa. Salientou que “[...] *entregou os valores em confiança aos acusados; que tinha a esperança de receber ‘o dinheiro legal’ em retribuição ao dinheiro que entregou aos acusados [...]*” (fl. 1694).

Nos autos mencionados (fl. 1721) e, principalmente, na etapa inquisitorial (fls. 491/493), o ofendido descreveu o estratagema utilizado pelo réu Flávio Sidnei Moreira e pelos demais integrantes da quadrilha, o qual se baseava no suposto desvio de dinheiro da Casa da Moeda e na lavagem de notas pretas.

Vale ressaltar, ainda, que o ofendido reconheceu os réus Valdevino Moreira, Clonir Paulo da Costa, Flávio Sidnei Moreira, Valdir Manoel Serafim Júnior e Marli Corrêa (fl. 495).

Mais uma vez é possível perceber o acerto da condenação, haja vista a existência de provas que indicam a concorrência do apelante Flávio Sidnei Moreira.

Na fase acusatória, Ralf Buse confirmou as declarações constantes da prova emprestada (fls. 1717/1718), descreveu que lhe foi apresentado o expediente fraudulento do feitiço e, sem qualquer dúvida, sustentou

que efetuara a entrega de valores em dinheiro a Flávio Sidnei Moreira e de um cheque nominal ao acusado Valdir Manoel Serafim Júnior (fl. 1.691).

Afora o depoimento do ofendido colhido nos autos n. 008.07.034866-6, somam-se ao elenco probatório, conferindo a certeza necessária à condenação, as declarações que a vítima efetuou na fase policial (fls. 381/382) e os reconhecimentos do réu Flávio Sidnei Moreira, consoante demonstram os termos juntados às fls. 383 e 498/499.

Gustavo Daniel Zimmermann, ao ser ouvido pelo Juízo, disse que:

“[...] entregou o dinheiro ao acusado Flávio; que após perceber o golpe não pagou mais dinheiro algum; [...] que Valdir Manoel Serafim Júnior presenciou o informante entregando o dinheiro ao acusado Flávio; que apenas após o acusado Flávio lhe apresentar o líquido preto e lhe pedir mais dinheiro é que o informante passou a supor a ilegalidade do negócio que lhe fora proposto; que entregou o dinheiro a Flávio em confiança, uma vez que conhecia o acusado Valdir há mais de dois anos; que o acusado Flávio prometeu devolver ao informante além dos R\$ 20.000,00 que este o emprestou mais R\$ 10.000,00 [...]” (fl. 1652).

Como se vê, a vítima confirmou que entregara dinheiro ao acusado Flávio Sidnei Moreira, que se aproveitou da confiança espelhada por Valdir Manoel Serafim Júnior, bem como narrou a utilização do tal líquido preto. Da prova emprestada, que foi devidamente confirmada pela vítima, denota-se que o ofendido foi contactado inicialmente pelo segundo, que apresentou o primeiro. Nota-se, também, que o golpe efetivamente consistiu na suposta possibilidade de transformar as notas pretas em dinheiro (fls. 1685/1686).

Os elementos probatórios referidos são corroborados pelas declarações extrajudiciais da vítima (fls. 33/34 e 544) e pelo termo de reconhecimento de pessoa, no qual se identificou Clonir Paulo da Costa, Elias Souza de Abreu, Valdir Manoel Serafim Júnior, Ivanir Moreira e o apelante Flávio Sidnei Moreira (fl. 545).

Perquirido sob o crivo do contraditório, Valdecir de Souza confirmou e ratificou as declarações prestadas nos autos n. 008.07.034866-6, como também disse “*que entregou o dinheiro pessoalmente ao acusado Flávio, após ser convencido por Marcos e Vanessa [...]*” (fl. 1649).

Da prova emprestada, colhe-se um relato mais minucioso dos acontecimentos. A vítima Valdecir de Souza contou que foi aliciado inicialmente por uma pessoa chamada Marcos, que lhe ofereceu dinheiro de sobra de campanha política. Na sequência, Marcos lhe apresentou o apelante Flávio Sidnei Moreira, a quem entregou a importância de R\$ 29.000,00 (vinte e nove mil reais). Sob o pretexto de que seria necessária a aquisição de um líquido para dar brilho ao dinheiro, Flávio convenceu o ofendido a entregar mais R\$ 5.000,00 (cinco mil reais). Esse numerário foi recebido por Flávio Sidnei Moreira e Maclei Rodrigues dos Santos. Em determinado momento, Rudimar Corrêa se apresentou como “Doutor” e disse que seria o responsável pela liberação do dinheiro em Brasília (fls. 1679/1680).

As provas são reforçadas pelas declarações extrajudiciais do ofendido (fl. 12/15) e pelo reconhecimento por fotografia do réu Flávio Sidnei Moreira (fl. 50) e dos corréus Elias Souza de Abreu, Maclei Rodrigues dos Santos e Rudimar Corrêa (fl. 114).

O cotejo dos elementos probatórios e informativos, que bem demonstram a materialidade e autoria delitivas, não permite que se acolha o pleito absolutório.

Agenor Teixeira de Souza Júnior, igualmente ouvido na fase judicial, confirmou que Flávio Sidnei Moreira participou da segunda etapa do golpe que sofrera (fl. 1690).

No depoimento judicial prestado nos autos n. 008.07.034866-6, que foi ratificado pela vítima nestes autos, esta descreveu com detalhes o expediente fraudulento adotado pelo apelante Flávio Sidnei Moreira e seus comparsas. O ofendido aduziu que, em conversa com Marcos Lima

e Fernanda Lana, tomou conhecimento do negócio conhecido como 5 por 1, o qual seria intermediado por Elias Souza de Abreu. Foi assim que entregara R\$ 12.000,00 (doze mil reais) a Marcos Lima, sob a promessa de que receberia R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) em três dias. Em determinado momento, Marcos informou que o dinheiro poderia vir em notas pretas e que viria um líquido para limpá-lo. Quando chegou o “dinheiro preto”, foi-lhe pedido mais dinheiro para que fosse comprado tal líquido. Como a vítima não tinha dinheiro, acabou convencida por Marcos a entregar seu carro para Flávio Sidnei Moreira, a quem, além do veículo, deu uma procuração para que pudesse transferi-lo. Em troca do automóvel, Flávio Sidnei Moreira lhe entregou a quantia de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), que era o necessário para comprar o líquido. Posteriormente, diz o ofendido, esse montante foi repassado a Marcos. Acrescentou que, na casa de Elias Souza de Abreu, onde estavam também Marcos Lima, Fernanda Lana e Everson, foi feita uma demonstração de como transformar a nota preta em dinheiro. Disse, ainda, que Flávio Sidnei Moreira lhe apresentou Valdir Manoel Serafim Júnior, dizendo que este seria o homem que cuidava do dinheiro. Por fim, declarou que, ao receber aquele numerário do réu Flávio Sidnei Moreira, este estava na companhia de Cherlon Darci Moreira e Douglas Rodrigues dos Santos (fls. 1715/1716).

A materialidade e autoria do delito, que recaem sobre o réu Flávio Sidnei Moreira, encontram ressonância também no depoimento ofertado pela vítima na fase policial (fls. 122/124 e 542) e nos termos de reconhecimento por fotografia (fl. 125) e pessoal (fl. 543).

Luiz Antônio Cardoso narrou ao Juízo o golpe que o apelante Flávio Sidnei Moreira e outros integrantes da quadrilha aplicaram nele e em sua esposa Sirlei Aparecida Hoffmann Cardoso.

Veja-se:

“que entregou o dinheiro ao acusado Flávio, em um restaurante em Florianópolis; que esperava ter lucratividade após entregar dinheiro ao acusado Flávio; que não tem recibo do dinheiro entregue; que o acusado Flávio afirmou ao informante que se tratava de dinheiro legal, inclusive sugerindo que o informante levasse o referido montante ao banco para conferência; que além de confiar no acusado Flávio ainda depositava confiança no acusado Valdir. [...] que o acusado Flávio informou ao informante que ‘o dinheiro vinha do governo’” (fl. 1692).

A esposa da vítima confirmou a entrega do numerário: “[...] *que estava na companhia de seu marido quando ele fez a entrega do dinheiro aos acusados Flávio, Valdevino (Kiko), Esther e a outra pessoa que se fazia passar por químico [...]*” (fl. 1693).

Na fase embrionária, as vítimas já haviam identificado Flávio Sidnei Moreira como um dos autores do crime, além de narrar com detalhes toda a empreitada criminosa, que consistiu na suposta possibilidade de adquirir dinheiro, na proporção 5 x 1 (fls. 384/385 e 555/557).

Para a comprovação da materialidade e autoria, destacam-se, ainda, os termos de reconhecimento, nos quais Luiz Antônio Cardoso reconheceu Flávio Sidnei Moreira e vários outros integrantes da quadrilha (fls. 386/387 e 497).

Ludibriado de forma semelhante, Valdir Amorim Alves afirmou “*que o acusado Flávio era o chefe de tudo; [...] que entregou os valores ao acusado Valdir nesta cidade; [...] que o acusado Valdir fez uma promessa de pagamento à razão de 50% de juros; que após o pagamento das parcelas acima referidas, o acusado Valdir pediu ao informante mais dinheiro, quando então disse que seria para comprar líquido para passar nas notas*” (fl. 1702).

Perquirido pela autoridade judiciária nos autos n. 008.07.034866-6, o ofendido detalhou o golpe aplicado por Valdir Manoel Serafim Júnior, Clonir Paulo da Costa, Elias Souza de Abreu, Ivanir Moreira e Flávio Sidnei Moreira, o qual consistia na inverídica comercialização de malhas e cami-

sas com um retorno de 50% de juros. Esclareceu, também, que entregou R\$ 70.000,00 (setenta mil reais) ao grupo (fls. 1726/1727).

Na etapa inquisitorial, a vítima já tinha esclarecido que Flávio Sidnei Moreira era o ‘cabeça de tudo’, ou seja, o agente que liderava as ações na investida criminosa (fls. 546/547).

Mais uma vítima da quadrilha, Amarildo Cardoso de Mello, ao ser ouvido pelo Juízo, confirmou a concorrência dos apelantes Flávio Sidnei Moreira e Zulmar Claudino para a perpetração do crime de estelionato. Ressaltou que:

“[...] quem o convidou para participar do ‘negócio’ foi seu concunhado Sidnei, o qual foi convidado por Leosmar; [...] que confiava mais no acusado Flávio, em Luciano e seu concunhado Sidnei que conheceu o acusado Zulmar no primeiro dia em que foi levar o dinheiro, ocasião em que o acusado Flávio estava junto, em uma churrascaria em São José dos Pinhais; que primeiro entregou o dinheiro e depois assistiu à demonstração de como lavar as notas; que o segundo pagamento ocorreu no posto Sinuelo (BR-101, na altura de Araquari), nas mãos do acusado Zulmar; que conheceu o acusado Flávio em São José dos Pinhais; que o acusado Zulmar telefonou para o informante antes de ocorrer a entrega do dinheiro; que o acusado Zulmar ameaçou o informante quanto este telefonou para aquele [...]” (fl. 1706).

Na prova emprestada dos autos n. 008.07.034866-6 (fl. 1732), a vítima confirmou o reconhecimento dos apelantes, cujos termos se encontram colacionados às fls. 504/506.

A materialidade e autoria delitivas, bem evidentes nas palavras do ofendido, encontram suporte ainda no boletim do ocorrência (fls. 504/505) e nas declarações extrajudiciais que prestara (fls. 552/554).

Como foi ressaltado, a suposta existência de má-fé da vítima não afasta a existência do crime praticado pelos réus, que, utilizando-se de expediente fraudulento, induziram-na em erro, fazendo com que ela lhes

entregasse R\$ 9.500,00 (nove mil e quinhentos reais), sem receber nada em contrapartida.

Não se podia esperar que a vítima apresentasse um comprovante do valor entregue aos réus, até porque estes certamente não o forneceria. Aliás, supondo a vítima que aderira a um negócio ilícito (aquisição de dinheiro da Casa da Moeda), não buscaria manter registros do que fazia, tampouco teria muita disposição para procurar a autoridade policial, o que certamente constituía mais um trunfo em favor dos réus e de seus asseclas. Para tal fim, entretanto, bastam as palavras das vítimas, mormente quando analisadas em conjunto.

Por fim, Gilmar Aurélio Rocha, em Juízo, esclareceu que Valdevino Moreira, que lhe foi apresentado por Max, e Zulmar Claudino lhe propuseram a compra de um terreno pelo valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais). Apesar de cumprida a sua parte no negócio, com a entrega do valor pactuado, a vítima narrou que Zulmar Claudino desapareceu e não efetuou a transferência do imóvel. Ao procurar os envolvidos, estes lhe disseram que devolveriam o dinheiro falso em dobro, depois da realização do feitiço, isto é, da fictícia transformação de notas pretas em dinheiro. No entanto, Valdevino Moreira e Zulmar Claudino pediram R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) ou R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais) para a compra do líquido necessário para o processo. Desconfiada, a vítima gravou toda a conversa e os ameaçou. Em represália, eles lhe ameaçaram de morte e sequestraram a sua esposa, a fim de impedir a comunicação dos fatos à Polícia (fl. 2.038).

Ao ser ouvido pela autoridade policial, a vítima ofereceu mais detalhes acerca do ocorrido. Quanto ao apelante Zulmar Claudino, para ilustrar, asseverou:

“[...] que o declarante conhece as pessoas de FLÁVIO SIDNEI MOREIRA, ‘KIKO’, a esposa de ‘Kiko’, de nome MARLI CORRÊA, e também MAX que se apresentava como sobrinho de Kiko e JAIR, este último que reside na cidade de São Francisco do Sul/SC; [...]

que no restaurante o declarante encontrou com o suposto dono do terreno, que deu o nome de ANDRINO, um senhor de idade, baixo e magro bem trajado com paletó e gravata, que naquele momento estava acompanhado de ‘Kiko’ e de Jair; que ANDRINO disse que naquele horário, por volta de 12:00 horas, o cartório estava fechado, então disse para que o declarante e MAX entregarem o dinheiro, que iria depositar no banco e que voltaria às 13:30 horas para fazerem a procuração para transferência do terreno; que o declarante, mediante os apelos de ‘KIKO’, o qual disse que ANDRINO era de confiança, poderiam entregar o dinheiro e almoçarem em paz; [...] Que na casa de ‘KIKO’, falaram para o declarante que o vendedor do terreno, suposto Senhor ANDRINO tinha sumido com o dinheiro e aplicado um golpe no declarante e em MAX; que ‘KIKO’ e JAIR então, lhe ofereceram para aplicar um golpe de 5X1, sendo que o declarante teria que arrumar mais R\$ 20.000,00 (vinte mil reais); que naquele momento Jair pegou um líquido e colocou em uma bacia e pegou papéis pretos e passou no líquido que espumava e passava em seguida na água, onde surgiam as notas de R\$ 50,00 (cinquenta reais); que ‘KIKO’ e JAIR estavam na posse de várias cédulas; [...] Que ‘KIKO’ e JAIR ligavam constantemente para o declarante perguntando se havia conseguido arrumar o dinheiro; que dois dias depois ‘KIKO’ e JAIR ligaram para o declarante que havia chegado o valor de R\$ 2.000.000,00 (dois milhões) em notas falsas para aplicarem o golpe, os quais estavam guardados no Motel de propriedade de JAIR na cidade de São Francisco do Sul [...]” (fls. 38/41 – destaques no original).

Submetido a reconhecimento, o réu Zulmar Claudino foi apontado pela vítima como sendo a pessoa que se identificou como Jair (fls. 71 e 541). Vale lembrar, ademais, que o próprio apelante admitiu que usava o nome do irmão, Jair Claudino, em razão da existência de um mandado de prisão expedido em seu desfavor (fls. 1783/1784).

Somam-se ao firme elenco probatório as gravações ambientais e telefônicas efetuadas por Gilmar Aurélio Rocha, nos quais conversa com integrantes do bando, inclusive com Zulmar Claudino, identificado como Jair, e tenta recuperar o numerário que entregou para compra do terreno (fls. 76/95).

Por oportuno, ressalta-se que a gravação de conversa por um dos interlocutores não se confunde com a interceptação telefônica, que se submete aos regramentos da Lei n. 9.296/96, dependendo de autorização judicial para ser efetuada (STF, RE n. 402.717/PR, rel. Min. Cezar Peluso, j. em 2/12/2008). Segundo o Superior Tribunal de Justiça: “[...] *a jurisprudência desta Corte, em perfeita consonância com a do Pretório Excelso, firmou o entendimento de que a gravação de conversas, efetuada pela vítima dos fatos, com criminosos, é prova lícita, que pode servir de elemento probatório para a notitia criminis e para a persecução criminal [...]*” (AgRg no Ag n. 1.142.348/PR, rela. Mina. Laurita Vaz, j. em 20/10/2009).

Ao contrário do que sustenta a defesa do réu Zulmar Claudino, as provas e peças de informação são suficientes para demonstrar a materialidade do crime – bastando, inclusive, para expor o prejuízo sofrido pela vítima – e a concorrência daquele para sua efetivação.

Sabe-se que a condenação não pode ser fundamentada exclusivamente nos elementos informativos, assim entendidos aqueles colhidos na investigação policial (art. 155, *caput*, do Código de Processo Penal, com a redação que lhe deu a Lei n. 11.690/08). No entanto, as declarações extrajudiciais, os termos de reconhecimento e o relatório das gravações (para o qual o contraditório é diferido), acabaram ratificados pelos elementos probatórios, que foram produzidos sob o crivo do contraditório.

5 Formação de quadrilha

Devidamente demonstrado, igualmente, o cometimento do crime de formação de quadrilha pelos apelantes.

Como é cediço, a configuração do crime previsto no art. 288 do Código Penal está condicionada à comprovação de que na associação de no mínimo quatro pessoas “*haja um vínculo associativo permanente para fins criminosos, uma predisposição comum de meios para a prática de uma*

série indeterminada de delitos” (MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código penal interpretado*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 2175).

De outro norte, enaltece-se que “*o crime de quadrilha ou bando é autônomo ou formal, ou seja, sua consumação se dá com a convergência de vontades e independe da imputação de outros crimes ao paciente*” (*Habeas Corpus* n. 90.900/CE, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. em 18/12/2008).

Sobre o delito em tela, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina preleciona:

“QUADRILHA ARMADA – ARTIGO 288, *CAPUT* E PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO PENAL – PROVA DA UNIÃO DE CINCO PESSOAS COM O FITO DE COMETER CRIMES – ASSOCIAÇÃO ESTÁVEL E PERMANENTE – DESNECESSIDADE DÁ PRÁTICA DE MAIS DE UM DELITO.

“O crime de quadrilha constitui ilícito autônomo, que independe da efetiva prática de outros crimes. Desta forma, a união de mais de três pessoas, de forma estável e permanente, estando presente a cogitação e a preparação de delitos, caracteriza o tipo penal do artigo 288 do Estatuto Repressivo” (Apelação Criminal n. 2007.009309-9, de Balneário Camboriú, rel. Des. Amaral e Silva, j. em 1/11/2007).

Portanto, a caracterização de tal delito prescinde da prática efetiva dos crimes que motivaram a reunião, que, se ocorridos, como na espécie, atraem a regra estabelecida no art. 69, *caput*, do Código Penal.

No caso dos autos, é visível o preenchimento dos requisitos legais, haja vista que se tratava de uma (a) associação estável e permanente – basta consultar as diferentes datas em que os crimes de estelionato foram cometidos, as quais perfazem um longo período (2005 a 2007) –, (b) composta por mais de quatro pessoas – Flávio Sidnei Moreira, Zulmar Claudino, Valdevino Moreira, Elias Souza de Abreu, Kleber das Neves, Clonir Paulo da Costa, Marli Corrêa, Valdir Manoel Serafim Júnior, Ivanir Moreira, Rudimar Corrêa, Maclei Rodrigues dos Santos e outros, cuja conduta será mais bem delineada quando investigada a prática do crime de estelionato

contra outras vítimas, e (c) voltada ao cometimento reiterado do delito de estelionato, consistente na aplicação do golpe do “feitiço” ou 5 x 1.

Além de confirmarem a concorrência dos apelantes nas infrações penais do art. 171, *caput*, do Código Penal, os policiais civis que participaram das investigações deixaram clara a associação destes e de várias outras pessoas, a maioria pertencente à família do réu Flávio Sidnei Moreira, em quadrilha.

Perquirido pelo Juízo, Jorge Luis Bornhausen afirmou:

“Que já tinha conhecimento da fraude que estava sendo aplicada pelos acusados, já estando inclusive investigando, quando foi procurado por Johnatan Maffezzilli, uma das vítimas; [...] que durante as investigações constatou que o acusado Flávio se apresentava ‘como o cabeça do grupo’, passando orientações aos demais integrantes; que esclarece que referida constatação foi obtida com base no resultado das investigações telefônicas e depoimentos das vítimas; que o Zulmar apresentava-se como dono de um hotel e de uma boate em São Francisco do Sul, local onde levavam as vítimas para convencê-las da negociação; que várias vítimas que insistiam em recuperar o dinheiro entregue aos acusados eram ameaçadas, tendo o depoente conhecimento que a esposa de uma das vítimas inclusive foi sequestrada e lesionada, sendo deixada na cidade de Gaspar [...]” (fl. 1701).

O agente da autoridade policial Júlio César Momm prestou declarações semelhantes (fl. 1704).

Acerca da configuração do crime em estudo, vale reprimir as ponderações do Magistrado *a quo*:

“Consta do processado que os acusados não agiram sozinhos, mas tiveram o auxílio dos seus comparsas para perpetrar o golpe nas vítimas. Os réus Flávio e Zulmar se revezavam entre os grupos que iriam simular para a vítima que o dinheiro proveniente de sobra de campanha eleitoral, desviado da Casa da Moeda, do Banco Central, proporcionava a eles uma vida confortável e luxuosa, sem qualquer problema aparente da origem do dinheiro.

“Nas informações prestadas pelos testigos infere-se que os acusados se associavam um com outro e dependendo da vítima, se era conhecida deles, já apresentavam a proposta ou indicavam um de seus parceiros como o responsável pela negociata. Em determinados momentos um dos réus oferecia o negócio à vítima e, em outros, participava somente com a finalidade de dar credibilidade à proposta” (fl. 2211).

Os elementos probatórios, principalmente as palavras das quinze vítimas, indicam que os agentes sempre praticavam os crimes em concurso, operando um verdadeiro revezamento, segundo a conveniência e oportunidade. Esse proceder não era desarrazoado. Denota-se que a quadrilha criou um estratagema muito bem elaborado para arrebatar as vítimas, no qual, apesar de algumas variações, existia o papel daquele que fazia o contato inicial com o ofendido, geralmente alguém conhecido, do que seria o responsável pela aquisição do dinheiro em Brasília e, ainda, do intitulado “Doutor”, que teria a incumbência de transformar as notas pretas em dinheiro. Além destes, outros integrantes da quadrilha eram apresentados, ora como interessados, ora como familiares, a fim de emprestar credibilidade ao lucrativo negócio que era oferecido.

Embora não possa ser apontada uma divisão de tarefas mais precisa, uma vez que a maioria dos integrantes da quadrilha desempenhavam atividades variadas, sob a liderança do réu Flávio Sidnei Moreira, Zulmar Claudino e os demais envolvidos estavam sempre à disposição para auxiliar, direta ou indiretamente, na prática dos delitos.

Assim, diante da existência de provas que conduzem ao necessário juízo de certeza, conclui-se que foram acertadas as condenações pelo crime de formação de quadrilha.

6 Os apelantes pretendem, de forma subsidiária, o reconhecimento de que estes foram havidos em continuidade delitiva.

A causa genérica de aumento insculpida no art. 71 do Código Penal cuida de concurso material *sui generis*, não se reputando as condutas consideradas continuadas um crime único, mas sim, unificados, de forma a beneficiar o agente que comete mais de um crime, com um mesmo *modus operandi* e outras semelhanças, em curto espaço de tempo (aproximadamente trinta dias).

A doutrina de Celso Delmanto e outros assinala:

“Há crime continuado (também chamado continuidade delitiva) quando o agente comete dois ou mais crimes da mesma espécie, mediante mais de uma conduta, estando os delitos, porém, unidos pela semelhança de determinadas circunstâncias (condições de tempo, lugar, modo de execução ou outras que permitam deduzir a continuidade)” (*Código penal comentado*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 319).

No caso dos autos, a princípio, seria possível a aplicação do benefício legal do art. 71, *caput*, do Código Penal, porquanto se trata de crimes dolosos da mesma espécie, praticados mediante circunstâncias semelhantes. Entretanto, afora o longo espaço de tempo transcorrido entre alguns delitos, que compreenderam um período de aproximadamente 2 (dois) anos (2005 a 2007), superando os trinta dias aceitos pela doutrina e jurisprudência, infere-se dos autos elementos suficientes de que está comprovada a habitualidade delituosa dos apelantes.

Trata-se, sem dúvida, de pessoas que fizeram do crime de estelionato seu modo de vida, especialmente aqueles contra o patrimônio.

É consabido que o crime continuado não se confunde com a habitualidade criminosa. Deve ser vedado o benefício quando o agente pratica uma série de crimes da mesma espécie, com manifesto propósito de reiterar na senda do crime e não de simplesmente desdobrar ou ampliar a conduta inicial.

A respeito, leciona Julio Fabbrini Mirabete:

“Não se deve confundir crime continuado com o habitual. Neste, há apenas uma conduta, composta de vários atos, inócuos penalmente, que, reunidos, constituem uma infração penal (item 3.6.9). Também não há confundi-lo com o crime permanente, em que há apenas uma violação jurídica com resultado que se prolonga no tempo (item 3.6.4). Por fim, não há que se reconhecer o crime continuado quando se tratar de habitualidade criminosa. O delinquente habitual faz do crime uma profissão e pode infringir a lei várias vezes do mesmo modo, mas não comete crime continuado com a reiteração das práticas delituosas (*perseverantia in crimine* ou *perseverantia sceleris*). A continuidade, sucessão circunstancial de crimes, não pode ser confundida com a habitualidade criminosa, sucessão planejada, indiciária do *modus vivendi* do agente e que reclama, não tratamento amenizado, mas reprimenda mais severa” (*Manual de direito penal*: parte geral. v. 1. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 306 – grifou-se).

Essa é a orientação do Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS. CRIMES DE FURTO, ESTELIONATO E RECEPÇÃO (TRINTA E QUATRO DELITOS NO TOTAL). RECONHECIMENTO DE CONTINUIDADE DELITIVA. IMPOSSIBILIDADE. HIPÓTESE QUE SE ASSEMELHA À HABITUALIDADE CRIMINOSA.

“1. Para a caracterização da continuidade delitiva, faz-se imprescindível a comprovação de igualdade das condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes.

“2. No caso, o Tribunal de origem apontou, fundamentadamente, que os delitos foram praticados em cidades diferentes, com modos de atuação diversos, ora em comparsaria, ora não. Por vezes, os delitos foram praticados na forma qualificada, seja com rompimento de obstáculo, seja mediante escalada. Também se ultrapassou o lapso temporal de 30 (trinta) dias entre as condutas, circunstâncias que levam ao indeferimento do pedido de unificação das penas, dada a caracterização da habitualidade criminosa [...]” (HC n. 57.190/SP, rel. Min. Og Fernandes, j. em 5/10/2010 – grifou-se).

E deste Sodalício:

“[...] CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO. QUATRO ROUBOS CONSUMADOS E UM TENTADO. DOSIMETRIA. ALMEJADA REDUÇÃO DA PENA-BASE PARA TODOS OS DELITOS. MAJORAÇÃO DAS REPRIMENDAS POR MOTIVO INERENTE AO TIPO PENAL, ALÉM DE CIRCUNSTÂNCIA NÃO CONTEMPLADA NO ART. 59 DO CÓDIGO PENAL. MITIGAÇÃO QUE SE IMPÕE.

“[...]”

“CONTINUIDADE DELITIVA. PRETENDIDO RECONHECIMENTO. RÉU QUE FAZ DA PRÁTICA DE DELITOS MEIO DE VIDA. HABITUALIDADE CRIMINOSA QUE INVIABILIZA O BENEFÍCIO. PLEITO REPELIDO [...]” (Apelação Criminal n. 2009.004325-8, de Criciúma, rel. Des. Alexandre d’Ivanenko, j. em 25/3/2009).

Dessa feita, mostra-se correta a aplicação do concurso material (art. 69 do Código Penal) entre os crimes de estelionato praticados pelos apelantes, em detrimento da continuidade delitiva pleiteada.

7 Superada essa fase, passa-se à aferição das reprimendas.

7.1 Flávio Sidnei Moreira

Não atendidos os pleitos absolutórios, o apelante remanesce condenado pelos crimes de estelionato, por quatorze vezes, e formação de quadrilha.

a) Estelionatos

Entendendo desfavoráveis a personalidade do réu e as circunstâncias do crime, o Magistrado *a quo* aumentou em 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias-multa as penas-base, fixando-as em 1 (um) ano e 6 (seis) meses de reclusão e 30 (trinta) dias-multa.

Para isso consignou: “[...] *a personalidade do agente é desvirtuada ante a reiterada prática de delitos; [...] as circunstâncias do crime demonstraram que o réu premeditou suas ações, em conjunto com os demais comparsas, com a finalidade de fazer com que as vítimas caíssem no golpe [...]*” (fl. 2.216).

Nesse ponto, prospera, em parte, o pedido de redução manejado no inconformismo.

A premeditação dos delitos, flagrante no caso dos autos, efetivamente revela um maior desvalor da conduta, justificando o recrudescimento da sanção. No entanto, deve ser afastado o incremento relativo à personalidade do réu, haja vista a inexistência de elementos concretos para aferi-la. Ao menos, deixou o Sentenciante de apontá-los, o que não pode ser suprido por esta Corte, sob pena de operar-se em *reformatio in pejus* (REsp n. 1.133.944/PR, rel. Min. Felix Fischer, j. em 27/4/2010).

Assevera-se que a personalidade, por constituir um conceito que transcende ao meio jurídico, necessitando do auxílio de outras ciências, não pode ser auferida por simples constatação, sem um exame específico da psique ou de análises mais apuradas, ou, ainda, de fortes elementos indicativos.

Salienta-se, por oportuno, que o comportamento dos ofendidos não justifica nem atenua a reprovação das condutas perpetradas pelo apelante.

Desse modo, em atenção às operadoras do art. 59 do Código Penal, minoram-se as penas-base, estabelecendo-as em 1 (um) ano e 3 (três) meses de reclusão e 12 (doze) dias-multa.

Diante da inexistência de circunstâncias agravantes ou atenuantes e de causas de aumento ou de diminuição, concretizam-se as penas impostas pela prática dos crimes de estelionato (vítimas Anderson Baldo, Jean Carlos Garcia, Alberto Mass Rodrigues, Jonathan Maffezzoli, Aline Rosa Nunes, Norli José Godoz, Cícero Rodrigues da Silva, Ralf Buse, Gustavo Daniel Zimmermann, Valdecir de Souza, Agenor Teixeira de Souza Júnior, Luiz Antônio Cardoso, Valdir Amorim Alves e Amarildo Cardoso de Mello) em 1 (um) ano e 3 (três) meses de reclusão e 12 (doze) dias-multa.

Apesar do reconhecimento na sentença de que as condições financeiras do apelante são boas (fl. 2216), o que permitiria a majoração do valor dos dias-multa (art. 60 do Código Penal), na ausência de recurso do órgão do Ministério Público, mantém-se o valor unitário de 1/30 (trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos.

b) Formação de quadrilha

Pelos mesmos motivos elencados anteriormente, no que tange à reprimenda imposta por infração ao art. 288, *caput*, do Código Penal, deve ser rechaçada a qualificação negativa efetuada pelo Sentenciante, atinente à personalidade do réu.

Não remanescendo circunstâncias judiciais desfavoráveis, reduz-se a pena-base ao mínimo legal – 1 (um) ano de reclusão –, a qual se torna definitiva em virtude da ausência de circunstâncias agravantes ou atenuantes e de causas de aumento ou de diminuição.

c) Concurso material

Tendo sido mantido o concurso material, como o apelante, mediante mais de uma ação, praticou 15 (quinze) crimes, as penas privativas de liberdade atribuídas aos quatorze estelionatos e à formação de quadrilha devem ser aplicadas cumulativamente, enquanto que as penas de multa devem ser fixadas distinta e integralmente, *ex vi* dos arts. 69 e 72, ambos do Código Penal.

Portanto, promovidas as adequações devidas, torna-se a pena definitiva em 18 (dezoito) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 168 (cento e sessenta e oito) dias-multa, no valor unitário mínimo legal.

O *quantum* da pena corporal impede a sua substituição por restritivas de direitos e a concessão de *sursis* (arts. 44, I, e 77, ambos do Código Penal).

Considerando que o réu foi condenado a pena superior a 8 (oito) anos, preserva-se o regime inicial fechado (art. 33, § 2º, “a”, do Código Penal).

7.2 Zulmar Claudino

Não atendidos, igualmente, os pleitos absolutórios, o apelante remanesce condenado pelos crimes de estelionato, por três vezes, e formação de quadrilha.

a) Estelionatos

Mais uma vez, o Juiz *a quo* sopesou desfavoravelmente a personalidade do réu e as circunstâncias do crime, majorando as penas-base em 9 (nove) meses e 20 (vinte) dias-multa, a fim de estabelecê-las em 1 (um) ano e 9 (nove) meses de reclusão e 30 (trinta) dias-multa.

Vale notar que os motivos dos crimes foram considerados normais à espécie, não tendo influído, por conseguinte, na operação realizada. Entretanto, reprisou-se o desvalor atribuído à reiteração criminosa (personalidade) e à premeditação dos crimes (circunstâncias) (fl. 2218).

Da mesma sorte, prospera, em parte, o pleito defensivo de redução.

Como se disse, a evidente premeditação dos delitos revela um maior desvalor da conduta, justificando o aumento operado. Por outro lado, como não foram erigidos motivos concretos, afasta-se o incremento relativo à personalidade do réu.

Enaltece-se, novamente, que o comportamento dos ofendidos não justifica nem atenua a reprovação das condutas perpetrados pelo apelante.

Desse modo, considerando a nova análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, minoram-se as penas-base, fixando-as em 1 (um) ano e 3 (três) meses de reclusão e 12 (doze) dias-multa.

Na segunda fase, ausentes atenuantes, constata-se a incidência da circunstância agravante da reincidência, consubstanciada pela condenação nos autos n. 061.99.003136-6, pela prática do delito previsto no art. 10, *caput*, da Lei n. 9.437/97 (fl. 687).

Ao compulsar as informações constantes da certidão juntada à fl. 687, extrai-se que a referida condenação anterior contempla os requisitos necessários à caracterização da reincidência, os quais estão previstos no art. 63 do Código Penal. Nota-se, também, que esse antecedente criminoso não se enquadra nas hipóteses do art. 64 do mesmo Código, uma vez que não se cuida de delito militar próprio ou político e que a extinção da pena respectiva só se deu em 9/4/2007.

Dessarte, presente a agravante do art. 61, I, do Código Penal, preserva-se o aumento efetuado pelo Sentenciante – 6 (seis) meses.

Embora a defesa não concorde, entende-se que o incremento não se submete a critérios puramente matemáticos. Diverso do que ocorre com as causas especiais de aumento ou de diminuição, em que a lei prevê uma fração mínima e máxima a ser operada pelo Juízo, para as agravantes o *quantum* a ser elevado subordina-se ao convencimento motivado do julgador, calcado nas circunstâncias do caso concreto e nos dados inerentes à pessoa do agente. Nesse sentido é o escólio de Damásio E. de Jesus (*Direito penal*: parte geral. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 558).

Considera-se, portanto, adequado o acréscimo efetuado.

Em razão da inexistência de causas de aumento ou de diminuição, concretizam-se as penas impostas pela prática dos crimes de estelionato (vítimas Norli José Godoz, Amarildo Cardoso de Mello e Gilmar Aurélio Rocha) em 1 (um) ano e 9 (nove) meses de reclusão e 12 (doze) dias-multa.

Apesar do reconhecimento na sentença de que as condições financeiras do apelante são boas (fls. 2218), o que permitiria a majoração do

valor dos dias-multa (art. 60 do Código Penal), como não foi manejado apelo pela acusação, mantém-se o valor unitário de 1/30 (trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos.

b) Formação de quadrilha

Pelos mesmos motivos já apresentados, no que pertine à reprimenda imposta por infração ao art. 288, *caput*, do Código Penal, deve ser rechaçada a qualificação negativa efetuada pelo Sentenciante, atinente à personalidade do réu.

Não remanescendo circunstâncias judiciais desfavoráveis, reduz-se à pena-base ao mínimo legal – 1 (um) ano de reclusão.

Na etapa intermediária, reconhecida apenas a agravante da reincidência, deve ser mantido o aumento imposto pelo Juiz de Primeiro Grau.

Por derradeiro, não havendo causas de aumento ou diminuição, concretiza-se a reprimenda em 1 (um) ano e 6 (seis) meses de reclusão.

c) Concurso material

Tendo sido mantido o concurso material, como o apelante, mediante mais de uma ação, praticou 4 (quatro) crimes, as penas privativas de liberdade atribuídas aos três estelionatos e à formação de quadrilha devem ser aplicadas cumulativamente, enquanto que as penas de multa devem ser fixadas distinta e integralmente, *ex vi* dos arts. 69 e 72, ambos do Código Penal.

Assim, promovidos os ajustes necessários, torna-se a pena definitiva em 6 (seis) anos e 9 (nove) meses de reclusão e 36 (trinta e seis) dias-multa, no valor unitário mínimo legal.

O *quantum* da pena corporal impede a sua substituição por restritivas de direitos e a concessão de *sursis* (arts. 44, I, e 77, ambos do Código Penal).

A reincidência do réu, associada à análise desfavorável das elementares do art. 59 do Código Penal, impõe a manutenção do regime fechado para o início do cumprimento da reprimenda (art. 33, § 3º, da Lei Penal).

À vista de todo o exposto, afastam-se as preliminares, conhece-se parcialmente do recurso interposto por Zulmar Claudino e conhece-se do apelo de Flávio Sidnei Moreira para dar-lhes parcial provimento, adequando as reprimendas.

DECISÃO

Pelo exposto, a Câmara, após debates, decidiu, por unanimidade de votos, afastar as preliminares, conhecer parcialmente do recurso de Zulmar Claudino e conhecer do apelo de Flávio Sidnei Moreira para dar-lhes parcial provimento.

O julgamento, realizado no dia 7 de dezembro de 2010, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Torres Marques, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Roberto Lucas Pacheco. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça lavrou o parecer o Dr. Pedro Sérgio Steil.

Florianópolis, 7 de dezembro de 2010.

Moacyr de Moraes Lima Filho
RELATOR

HABEAS CORPUS

Habeas Corpus n. 2011.000301-7, de São José

Relator: Des. Torres Marques

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRETENDIDA SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. BENEFÍCIO NEGADO NA SENTENÇA CONDENATÓRIA COM BASE NA VEDAÇÃO DO ART. 44 DA LEI 11.343/06. DISPOSIÇÃO DECLARADA INCONSTITUCIONAL PELO PLENÁRIO DO STF, EM CONTROLE INCIDENTAL. PRECEDENTES DAS DUAS TURMAS DO STJ NO MESMO SENTIDO. VEDAÇÃO LEGAL QUE, POR SI SÓ, NÃO PODE OBSTAR A BENESSE, QUANDO SATISFEITOS OS REQUISITOS DO ART. 44 DO CP.

“HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 44 DA LEI 11.343/2006: IMPOSSIBILIDADE DE CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE. OFENSA À GARANTIA CONSTITUCIONAL DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA (INCISO XLVI DO ART. 5º DA CF/88). ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.” (HC 97256, REL. MIN. AYRES BRITO, PLENÁRIO, DJE 16/12/2010)

AUSÊNCIA DE ANÁLISE EM PRIMEIRO GRAU DOS REQUISITOS DO ART. 44 DO CP. CIRCUNSTÂNCIA QUE OBSTA O EXAME NESTA SEDE, SOB PENA DE SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ORDEM CONCEDIDA EM PARTE PARA QUE O JUIZ DA EXECUÇÃO APRECIE OS REQUISITOS OBJETIVOS E SUBJETIVOS NECESSÁRIOS AO DEFERIMENTO DA SUBSTITUIÇÃO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus n. 2011.000301-7, da comarca de São José (2ª Vara Criminal), em que é impetrante Winston Jesiel Pereira da Silva e paciente Paulo Alexandre de Oliveira:

ACORDAM, em Terceira Câmara Criminal, por votação unânime, conceder parcialmente a ordem, determinando que o juiz da execução aprecie os requisitos descritos no art. 44 do Código Penal. Sem custas.

RELATÓRIO

Trata-se de habeas corpus impetrado pelo advogado Winston Jesiel Pereira da Silva, em favor de Paulo Alexandre de Oiveira, contra sentença da MMª. Juíza de Direito da 2ª Vara Criminal da comarca de São José que o condenou por infração ao art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06, fixando o regime fechado para o resgate da pena e inviabilizando a substituição por restritivas de direitos.

Aduziu o impetrante (fls. 2/7) que a negativa da substituição da pena corporal por restritiva de direitos decorreu apenas da vedação descrita no art. 44 da Lei de Drogas, a qual foi reconhecida como inconstitucional pelos Tribunais Superiores. Alegou que o fato criminoso foi um fato isolado na vida do paciente e que lhe foram favoráveis as circunstâncias judiciais. Pugnou, assim, pela substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e, sucessivamente, pela fixação do regime aberto para o resgate da pena.

Solicitadas e prestadas as informações (fls. 29/33), foram os autos à Procuradoria Geral de Justiça, que, em parecer da lavra do Exmo. Dr. Robison Westphal, opinou pelo não conhecimento do *writ* (fls. 36/37).

VOTO

Extrai-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 1 (um) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 166 (cento e

sessenta e seis) dias-multa, por infração ao art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06, cuja decisão transitou em julgado em 23/9/2010.

De início, diante da manifestação da Procuradoria Geral de Justiça no sentido de que “o habeas corpus não é a via adequada para análise do pedido de substituição da pena e de fixação do regime aberto” (fl. 36), vale registrar que segundo o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, possível o exame da matéria ora ventilada quando presente flagrante ilegalidade. A respeito, *vide*: HC 114671/SC, rel. Min. Laurita Vaz, j. 26/10/2010.

Conforme relatado, cinge-se a discussão do pleito à vedação legal descrita no art. 44 da Lei de Drogas em relação à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

A par dos posicionamentos sobre o assunto, este relator há muito já vinha entendendo que a expressa vedação legal, por si só, não é suficiente para obstaculizar o benefício, quando satisfeitos os requisitos legais.

O assunto foi então submetido ao plenário do Supremo Tribunal Federal que, incidentalmente, exerceu o controle de constitucionalidade sobre a norma em evidência e reconheceu a inconstitucionalidade da parte final do dispositivo, possibilitando, assim, o benefício aos condenados pelo crime de tráfico de drogas. Colhe-se da ementa do julgado daquela Corte Constitucional:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 44 DA LEI 11.343/2006: IMPOSSIBILIDADE DE CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE. OFENSA À GARANTIA CONSTITUCIONAL DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA (INCISO XLVI DO ART. 5º DA CF/88). ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. O processo de individualização da pena é um caminhar no rumo da personalização da resposta punitiva do Estado, desenvolvendo-se em três momentos individuados e complementares: o legislativo, o judicial e o executivo. Logo, a lei comum não tem a força de subtrair

do juiz sentenciante o poder-dever de impor ao delinqüente a sanção criminal que a ele, juiz, afigurar-se como expressão de um concreto balanceamento ou de uma empírica ponderação de circunstâncias objetivas com protagonizações subjetivas do fato-tipo. Implicando essa ponderação em concreto a opção jurídico-positiva pela prevalência do razoável sobre o racional; ditada pelo permanente esforço do julgador para conciliar segurança jurídica e justiça material.

2. No momento sentencial da dosimetria da pena, o juiz sentenciante se movimenta com ineliminável discricionariedade entre aplicar a pena de privação ou de restrição da liberdade do condenado e uma outra que já não tenha por objeto esse bem jurídico maior da liberdade física do sentenciado. Pelo que é vedado subtrair da instância julgadora a possibilidade de se movimentar com certa discricionariedade nos quadrantes da alternatividade sancionatória.

3. As penas restritivas de direitos são, em essência, uma alternativa aos efeitos certamente traumáticos, estigmatizantes e onerosos do cárcere. Não é à toa que todas elas são comumente chamadas de penas alternativas, pois essa é mesmo a sua natureza: constituir-se num substitutivo ao encarceramento e suas seqüelas. E o fato é que a pena privativa de liberdade corporal não é a única a cumprir a função retributivo-ressocializadora ou restritivo-preventiva da sanção penal. As demais penas também são vocacionadas para esse geminado papel da retribuição-prevenção-ressocialização, e ninguém melhor do que o juiz natural da causa para saber, no caso concreto, qual o tipo alternativo de reprimenda é suficiente para castigar e, ao mesmo tempo, recuperar socialmente o apenado, prevenindo comportamentos do gênero.

4. No plano dos tratados e convenções internacionais, aprovados e promulgados pelo Estado brasileiro, é conferido tratamento diferenciado ao tráfico ilícito de entorpecentes que se caracterize pelo seu menor potencial ofensivo. Tratamento diferenciado, esse, para possibilitar alternativas ao encarceramento. É o caso da Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas, incorporada ao direito interno pelo Decreto 154, de 26 de junho de 1991. Norma supralegal de hierarquia intermediária, portanto, que autoriza cada Estado soberano a adotar norma comum interna que viabilize a aplicação da pena substitutiva (a restritiva de direitos) no aludido crime de tráfico ilícito de entorpecentes.

5. Ordem parcialmente concedida tão-somente para remover o óbice da parte final do art. 44 da Lei 11.343/2006, assim como da expressão análoga “vedada a conversão em penas restritivas de direitos”, constante do § 4º do art. 33 do mesmo diploma legal. Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito *ex nunc*, da proibição de substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos; determinando-se ao Juízo da execução penal que faça a avaliação das condições objetivas e subjetivas da convalidação em causa, na concreta situação do paciente. (HC 97256, rel. Min. Ayres Brito, Plenário, DJE 16/12/2010).

Não trilham outro caminho as duas Turmas do Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CRIME COMETIDO NA VIGÊNCIA DA LEI 11.343/2006. PENA: 2 ANOS E 6 MESES DE RECLUSÃO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. VEDAÇÃO LEGAL. ART. 44 DA NOVA LEI DE DROGAS. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE INCIDENTAL PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. POSSIBILIDADE DA PERMUTA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Considerando-se a declaração de inconstitucionalidade incidental da expressão “vedada a conversão em penas restritivas de direitos”, constante do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, bem como da expressão “vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos”, contida no art. 44 do mesmo diploma legal, não mais subsiste o fundamento para impedir a substituição da reprimenda corporal por restritivas de direitos, quando atendidos os requisitos do art. 44 do Código Penal.

2. Contudo, a ordem deve ser concedida parcialmente apenas para afastar a vedação contida nos arts. 33, § 4º e 44 da Lei nº 11.343/2006, determinando-se ao juiz da execução a tarefa de verificar o preenchimento das condições objetivas e subjetivas necessárias à concessão da referida substituição, sob pena de supressão de instância.

3. Ordem concedida em parte para determinar que o juízo da execução analise o preenchimento, pelo paciente, dos requisitos exigidos pelo art. 44 do Código Penal para a concessão da pretendida substituição

da pena reclusiva por restritivas de direitos. (HC 172958, rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, j. 9/11/2010).

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. LEI Nº 11.343/06. REGIME PRISIONAL. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE REGIME ABERTO E DE SUBSTITUIÇÃO DE PENA CORPORAL POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITO.

1. Com a edição da Lei nº 11.464/07, que modificou a redação da Lei nº 8.072/90, derogando a vedação à progressão de regime a crimes hediondos ou equiparados, persistiu-se na ofensa ao princípio da individualização da pena, quando se afirmou que a execução deve iniciar no regime mais gravoso.
2. A Lei não andou em harmonia com o princípio da proporcionalidade, corolário da busca do justo. Isso porque a imposição do regime fechado, inclusive a condenados a penas ínfimas, primários e de bons antecedentes, entra em rota de colisão com a Constituição e com a evolução do Direito Penal. Precedentes.
3. O STF entendeu possível, já diante da Lei nº 11.343/06, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, ao considerar a inconstitucionalidade de parte do § 4º do art. 33 da Lei de Tóxicos.
4. Considerando a pena aplicada – 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão –, bem como a primariedade e a inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, a substituição é medida que se impõe.
5. Ordem concedida para, de um lado, estabelecer o regime aberto para o cumprimento da pena privativa de liberdade; de outro lado, substituí-la por prestação (HC 176919, rel. Min. Og Fernandes, Sexta Turma, j. 4/11/2010).

Diante disso, assiste razão ao impetrante ao argumentar que a vedação legal descrita no art. 44 da Lei n. 11.343/06 não impede, isoladamente, a concessão da benesse.

No caso em apreço, compulsando a sentença combatida, denota-se que a julgadora anotou ter deixado “de substituir a pena privativa de liber-

dade por restritivas de direitos, ante a vedação contida no art. 44 da Lei n. 11.343/06” (fl. 21).

Nítido, pois, que o caso em exame se enquadra aos precedentes transcritos acima, merecendo o pleito ser atendido neste aspecto.

Contudo, não se pode olvidar que para a concessão da substituição devem ser avaliados os requisitos objetivos e subjetivos que lhe são inerentes, ou seja, aqueles assentados no art. 44 do Código Penal.

Assim, levando em consideração que a sentenciante, após mencionar a vedação legal, não examinou tais pressupostos, impossível a análise por esta Corte neste instante, sob pena de supressão de instância.

Dessa feita, concede-se em parte a ordem para determinar que o juiz da execução analise o preenchimento, ou não, pelo paciente dos pressupostos descritos no art. 44 do Código Penal.

DECISÃO

Ante o exposto, concede-se parcialmente a ordem, determinando que o juiz da execução aprecie os requisitos descritos no art. 44 do Código Penal.

Participaram do julgamento, realizado no dia 8 de fevereiro de 2011, os Exmos. Des. Alexandre d'Ivanenko e Moacyr de Moraes Lima Filho. Funcionou na sessão, pela Procuradoria Geral de Justiça, o Exmo. Dr. Robison Westphal.

Florianópolis, 18 de fevereiro de 2011.

Torres Marques
PRESIDENTE E RELATOR

RECURSO DE AGRAVO

Recurso de Agravo n. 2010.063675-8, de Joinville

Relator: Des. Torres Marques

RECURSO DE AGRAVO. CONDENAÇÃO PELOS CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL. INDEFERIMENTO PELO JUÍZO DA EXECUÇÃO PENAL. PRETENSÃO DE CUMPRIMENTO DAS PENAS DE FORMA SUCESSIVA, COM INÍCIO PELA MAIS GRAVE, DIANTE DA IMPOSIÇÃO DE REGIMES DISTINTOS PELO JUÍZO DA CONDENAÇÃO. DISPOSIÇÃO DO ART. 76 DO CP QUE NÃO AFASTA A OBRIGATORIEDADE DE SOMA OU UNIFICAÇÃO DE PENAS NA HIPÓTESE DE CONCURSO DE CRIMES. DICÇÃO DO ART. 111 DA LEP. *QUANTUM* DE PENA SUPERIOR A OITO ANOS. REGIME FECHADO CORRETAMENTE ESTABELECIDO POR CONTA DO SOMATÓRIO. INVIABILIDADE DE MANUTENÇÃO DOS REGIMES FIXADOS NA CONDENAÇÃO, DE FORMA ISOLADA. COMPATIBILIDADE DE CUMPRIMENTO DE AMBOS OS DELITOS NO REGIME INICIAL FECHADO. OBSERVÂNCIA, APENAS, DAS FRAÇÕES DIVERSAS PARA O CÁLCULO DO *QUANTUM* NECESSÁRIO À OBTENÇÃO DA PROGRESSÃO DE REGIME. CIRCUNSTÂNCIA DEVIDAMENTE OBSERVADA NA DECISÃO HOSTILIZADA. RECURSO DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Agravo n. 2010.063675-8, da comarca de Joinville (3ª Vara Criminal), em que é recorrente Pedro Fernando da Silva, e recorrido o Ministério Público do Estado de Santa Catarina:

ACORDAM, em Terceira Câmara Criminal, por votação unânime, negar provimento ao recurso. Custas de lei.

RELATÓRIO

Perante a 3ª Vara Criminal da comarca de Joinville, o apenado Pedro Paulo da Silva, condenado pela prática dos crimes de tráfico de drogas e associação para o tráfico, postulou a progressão do regime prisional ao semiaberto.

O pedido foi indeferido pelo magistrado, sob o fundamento de que o apenado não atingiu o lapso temporal necessário para o benefício.

Inconformado com a decisão, sustentou, em síntese, que para efeitos de progressão, como no caso, o agravante preenche os requisitos do art. 112 da Lei de Execução Penal ao argumento de que deve ser considerada a fração de 2/5 apenas para o crime de tráfico de drogas (fls. 13/15).

Ofertadas as contrarrazões (fls. 23/25) e mantida a decisão atacada (fls. 26/29), ascenderam os autos a esta Superior Instância, opinando a Procuradoria Geral de Justiça, em parecer da lavra do Exmo. Dr. Pedro Sérgio Steil, pelo provimento do recurso para que seja concedido o benefício ao apenado (fls. 34/37).

VOTO

Trata-se de recurso de agravo em execução penal interposto por Pedro Fernando da Silva contra decisão que denegou o benefício da progressão de regime.

Para melhor compreensão da matéria, destaca-se a pena privativa de liberdade objeto da condenação sofrida pelo apenado e que foi alvo da decisão combatida (PEC n. 038.08.046323-9):

a) Delito de tráfico de drogas (art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06). Pena: 7 (sete) anos de reclusão, em regime fechado;

b) Delito de associação para o tráfico (art. 35, *caput*, da Lei n. 11.343/06). Pena: 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime semiaberto.

Segundo o entendimento do magistrado, para obter o benefício seria necessário que o agravante cumprisse $\frac{2}{5}$ (dois quintos) sobre a pena aplicada ao crime de tráfico, pois considerado hediondo, e um $\frac{1}{6}$ (um sexto) da pena aplicada ao delito de associação para o tráfico, uma vez que se trata de crime comum, com fundamento no art. 111 da Lei de Execução Penal. Dessa forma, para ter direito à progressão ao regime semiaberto, seria necessário que o apenado cumprisse 3 (três) anos, 6 (seis) meses e 28 (vinte e oito) dias da reprimenda em regime fechado.

A questão em tela tem provocado inúmeras discussões a respeito do método de cálculo progressivo a ser adotado em casos envolvendo pluralidade de crimes com naturezas jurídicas diversas (crime hediondo e comum). A quantidade de pena a cumprir para cada ilícito não é controversa, porquanto definido pelo art. 112 da LEP (crime comum) e pelo art. 2º, §2º, da Lei n. 8.072/90 (crime hediondo), a fração correspondente, de acordo com a natureza do injusto.

O problema está na estipulação do regime, tendo em vista a possibilidade de fixação isolada para cada tipo de crime.

Este Relator fliava-se ao entendimento de que a seara da Execução Penal deveria atentar aos regimes contidos na sentença no momento de efetuar a soma ou unificação de penas, a teor do disposto no art. 76 do Código Penal, que estabelece a cumprimento sucessivo no concurso de infrações, a iniciar pela pena mais grave.

Essa orientação está estampada no Recurso de Agravo n. 2009.066014-0, de Curitiba, citado pelo Procurador de Justiça Pedro Sérgio Steil na manifestação de fls. 34/37.

No entanto, não há como subsistir o posicionamento acima, porquanto o sistema progressivo e a estipulação do regime prisional demandam não só a necessidade de observância do disposto no art. 76 do CP, com a verificação da natureza dos delitos, mas também o cumprimento do comando inserto no art. 111 da LEP, que dispõe sobre a obrigatoriedade da soma ou unificação na hipótese de condenação por mais de um crime.

A propósito, elucida Luiz Regis Prado:

O magistrado prolator da sentença condenatória, ao fixar o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, deverá fazê-lo também com observância dos critérios arrolados no artigo 59 do CP – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, os motivos, as circunstâncias e consequências do crime, bem como o comportamento da vítima (cf. art. 33, §3º, CP). Para a determinação do regime inicial de cumprimento da pena concorrem, pois, dois fatores: a quantidade da pena imposta (art. 33, §2º) e as condições pessoais do condenado (arts. 33, §3º, e 59, CP).

Além desses requisitos essenciais, deverá o juiz atentar para o fato de que, quando houver condenação por mais de um crime, no mesmo processo ou em processos distintos, a determinação do regime será feita pelo resultado da soma ou unificação das penas, observadas, quando for o caso, a detração ou remição (art. 111, LEP). (Curso de direito penal brasileiro: parte geral, arts. 1º a 120. 9ª. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 524).

A leitura do art. 76 do Código Penal não deve ser isolada, como dito anteriormente, e seu campo de incidência tem lugar no momento da averiguação da compatibilidade ou não do cumprimento simultâneo das reprimendas, sem apego exclusivo à natureza dos delitos.

Nesse sentido, retira-se da doutrina:

Nas edições anteriores, ficou consignada, no presente tópico, a afirmação de que o princípio do art. 76 do CP era “inteiramente dispensável, máxime em face da pena privativa de liberdade”. Na oportunidade, afirmou-se ainda que a norma penal do art. 76, referente ao concurso material, seria até redundante já que ficou explicitado, no art. 69 do CP, que a pena reclusiva deve ser cumprida antes da pena detentiva. Essa não correspondia, contudo, a melhor interpretação do art. 76 do CP. Tal dispositivo penal possui relevância no processo de execução da pena como ponderou o Juiz da Vara das Execuções Criminais de São Paulo, Dr. Sérgio Mazina Martins. A argumentação por ele expendida – que é acolhida integralmente – é transcrita a seguir: “O princípio aqui estabelecido diz respeito à sequência de cumprimento das penas concursivas na execução penal, abrangendo tanto o concurso de penas de igual ou diversa natureza, qualidade, espécie e quantidade. Portanto, o ambiente técnico é de *soma* de penas, não porém de sua unificação (o que é outro fenômeno muito diferente). Naturalmente, o pressuposto lógico para aplicação desse *princípio* é que as penas exequêndas sejam incompatíveis, de forma que não possam ser cumpridas simultaneamente, impondo-se sua sequência temporal. Logo, nesse *princípio* não se incluem as penas patrimoniais que, por não dizerem respeito a pessoas, mas a bens, podem ser executadas anteriormente, concomitantemente ou posteriormente às demais penas aplicadas (inclusive quanto a si próprias). Assim também as penas de interdição de direitos que, por implicarem prestações negativas, em regra são também compatíveis com outras (agora salvo, inclusive, consigo próprias). De qualquer modo, as outras penas, na medida em que não comportarem compatibilidade, obedecerão a esse *princípio* geral do art. 76 do CP, ou seja, na medida em que não puderem ser concomitantemente cumpridas. (Alberto Silva Franco *et al.* Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial. Volume 1: parte geral. 7ª ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 1388).

Para a averiguação da compatibilidade ou não das penas a serem cumpridas em primeiro lugar, a doutrina enumera um critério de avaliação, que obedecerá os níveis de gravidade, segunda a natureza, qualidade e espécie de delitos, bem como a quantidade de pena imposta. Nessa ordem,

a regra geral do art. 76 do CP não afasta a norma específica do art. 111 da LEP, atinente a soma ou unificação de penas. Extraí-se:

A avaliação da *gravidade*, em tese, obedece a quatro seguintes níveis: [...]. 2º. Idêntica natureza (p. ex., duas penas privativas de liberdade), passa-se ao exame de sua qualidade para a determinação dessa prioridade, como tal compreendendo-se o exame das propriedades negativas da pena. Assim, uma pena de reclusão, cuja progressão esteja vedada por tal ou qual motivo, deve ter sua execução necessariamente antecedida a outra de reclusão sem essa vedação. A ocorrência é comum na execução penal: o agente foi condenado por um tráfico de entorpecentes, com a progressão concretamente vedada com força de coisa julgada, e também por um furto; logo, deve primeiramente cumprir aquela pena sob o regime fechado para, depois, passar ao cumprimento da pena do crime patrimonial onde, agora sim, poderá postular sua progressão (veja-se, porém, que a norma em questão não diz respeito à unificação de regimes prisionais diversos, esta sim regulada especificamente pelo art. 111 da LEP). Idêntico raciocínio pode ser efetuado quanto ao prazo de postulação do livramento condicional, quando em concurso penas que têm e penas que não têm a marca da hediondez. (*op. cit.* p. 1.388).

Portanto, o cumprimento do disposto no art. 111 da LEP é inevitável e correta foi a solução conferida pelo Magistrado.

No regime a ser estabelecido na operação resultante da soma ou unificação, a autoridade de primeiro grau efetuou o somatório da pena atinente ao crime de tráfico de drogas (7 anos de reclusão) com a pena atinente ao crime de associação para o tráfico (4 anos e 8 meses de reclusão), e estipulou o regime fechado para o início de cumprimento da pena, porquanto atingido o parâmetro do art. 33, §2º, “a”, do Código Penal.

Para exemplificar a inevitável operação de soma na pluralidade de condenações a penas privativas de liberdade, para a definição do regime prisional, mesmo em situações envolvendo delitos de naturezas diversas, retira-se de precedente do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSO PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. UNIFICAÇÃO DE PENAS. ART. 111 DA LEI N. 7.210/84. REGIME INTEGRALMENTE FECHADO. REGIME ABERTO. RECLUSÃO E DETENÇÃO. ORDEM DE CUMPRIMENTO. TRANSFERÊNCIA DIRETA PARA O REGIME ABERTO. IMPOSSIBILIDADE.

1. A existência de várias condenações a penas privativas de liberdade determinam a soma ou a unificação das penas para o fim do estabelecimento do regime inicial de cumprimento de pena.
2. A Lei das Execuções Penais não trata especificamente da hipótese da soma de penas privativas de liberdade de modalidades distintas.
3. De acordo com os arts. 69 e 76 do Código Penal e 681 do Código de Processo Penal, no concurso de infrações, executar-se-á primeiramente a mais grave, devendo a pena de reclusão ser cumprida antes da pena de detenção.
4. Concorrendo penas de reclusão e detenção, ambas com regime inicial aberto, se do somatório ultrapassar quatro anos, há a possibilidade de fixação do regime inicial semi-aberto. (HC n. 18664/RJ, Relator: Ministro Nilson Naves, Sexta Turma, j. 6/3/2007).

No mesmo sentido:

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. CONDENAÇÕES. PREVISÃO DE REGIME SEMIABERTO. UNIFICAÇÃO DE PENAS. IMPOSIÇÃO DO REGIME FECHADO. CUMPRIMENTO PARCIAL DA PENA. REPRIMENDA RESTANTE INFERIOR A 8 (OITO) ANOS. MODIFICAÇÃO PARA O SEMIABERTO. DESCABIMENTO.

1. Nos termos do art. 111 do Código Penal, no caso de Réu com mais de uma condenação, “a determinação do regime de cumprimento será feita pelo resultado da soma ou unificação das penas, observada, quando for o caso, a detração ou remição”.
2. O regime imposto na unificação é que será observado na análise de qualquer benefício na execução penal, não mais produzindo efeitos aquele que fora fixado na sentença.
3. Se a soma das penas, na unificação, ultrapassou 8 (oito) anos de reclusão, é correta a fixação do regime fechado pelo Juízo das Exe-

cuções, a despeito de nas condenações ter sido estabelecido o regime inicial semiaberto. A passagem para o regime intermediário, nessa situação, somente será cabível depois de cumpridos os requisitos objetivos e subjetivos para a progressão de regime.

4. Não há amparo legal para a pretensão de que seja estabelecido regime menos gravoso ao Paciente tão somente pelo fato de que o *quantum* restante de cumprimento da pena é inferior a 8 (oito) anos, ou porque o regime semiaberto havia sido fixado, originariamente, nas suas condenações. (HC n. 150993/GO, Relatora: Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, j. 28/9/2010).

Por fim, igualmente agiu com acerto ao aplicar frações distintas na apuração do montante de pena a ser resgatada para o alcance do benefício da progressão de regime, tendo em vista que, na hipótese, o crime hediondo necessita do cumprimento de 2/5 (dois quintos), ao passo que o crime comum exige o resgate de 1/6 (um sexto).

Destarte, mantém-se incólume a decisão agravada.

DECISÃO

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

Participaram do julgamento, realizado no dia 23 de novembro de 2010, os Exmos. Des. Alexandre d'Ivanenko e Moacyr de Moraes Lima Filho. Funcionou na sessão, pela Procuradoria Geral de Justiça, o Exmo. Dr. Anselmo Agostinho da Silva.

Florianópolis, 31 de março de 2011.

Torres Marques
PRESIDENTE E RELATOR

RECURSO CRIMINAL

Recurso Criminal n. 2010.039135-9, de Gaspar

Relator: Des. Moacyr de Moraes Lima Filho

RECURSO CRIMINAL – CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA – ART. 1º, II E III, DA LEI N. 8.137/90 – DECISÃO QUE INDEFERIU O PEDIDO DE PRISÃO PREVENTIVA – PLEITO DO MINISTÉRIO PÚBLICO VISANDO AO ENCARCERAMENTO.

INSTRUÇÃO CRIMINAL ENCERRADA – AGENTES QUE RESPONDERAM AO PROCESSO, COMPARECENDO AOS CHAMADOS DO JUÍZO – MOTIVO QUE OBJETIVAVA A GARANTIA DE APLICAÇÃO DA LEI PENAL, PORTANTO, AUSENTE.

PRETENSÃO FUNDADA, TAMBÉM, NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E ECONÔMICA – REITERAÇÃO DA PRÁTICA CRIMINOSA – VIABILIDADE – RELATOS TESTEMUNHAIS E PROVAS DOCUMENTAIS QUE INDICAM A CONTINUIDADE DOS SUPOSTOS DELITOS PELOS AGENTES – MEDIDAS JUDICIAIS QUE ATÉ ENTÃO NÃO OBSTARAM A PRÁTICA CRIMINOSA – NATUREZA DISTRIBUTIVA DO BEM JURÍDICO TUTELADO – MEDIDA QUE NÃO SE LIMITA À SALVAGUARDA DO ERÁRIO, MAS VISA A GARANTIR AO ESTADO O CUMPRIMENTO DAS PRESTAÇÕES PÚBLICAS QUE SÃO DEVIDAS PARA A SUA SUSTENTABILIDADE – DECRETAÇÃO DA PRISÃO QUE SE IMPÕE.

1 “A proibição de proteção deficiente adquire importância na aplicação dos direitos fundamentais de proteção, ou seja, na perspectiva do dever de proteção, que se consubstancia naqueles casos em que o Estado não pode abrir mão da proteção do direito

penal para garantir a proteção de um direito fundamental” (STF, Min. Gilmar Mendes).

2 “[...] o Estado somente alcança o seu objetivo de realização do bem público quando obtém receita suficiente para manter em funcionamento a máquina estatal de prestação de serviços essenciais, tais como a medicina curativa e preventiva, a educação básica, os transportes urbanos, o fornecimento de água tratada e potável, o funcionamento da coleta de dejetos domésticos, o fornecimento de energia elétrica para atendimento às residências, indústrias e logradouros públicos etc. A sonegação de impostos, se levada a extremos, inviabiliza o funcionamento normal do Estado, prejudicando a população como um todo, ou, quando menos, configurando caso de desigualdade de tratamento; enquanto uns, cumpridores dos deveres, pagam regamente o fisco, outros, descumpridores dos mesmos deveres, obtém vantagem indevida com o não-pagamento dos mesmos tributos, impostos de forma ampla e geral a todos os sujeitos passivos” (Antônio Corrêa).

3 “[...] em face da ligação entre o bem jurídico tutelado pelos crimes contra ordem tributária e os objetivos do Estado e da sociedade brasileiros positivados na Constituição Federal, a repressão penal à sonegação fiscal é uma exigência constitucional” (Sérgio Antônio Rizelo).

4 “O desvio de vultosas quantias dos cofres públicos, causa repercussão negativa na opinião pública, até mesmo em função da publicidade opressiva envolvente do caso e invoca a garantia da ordem pública, aliada à magnitude da lesão, a justificar o decreto de prisão preventiva” (STJ, Min. Fernando Golçalves).

RECURSO PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Criminal n. 2010.039135-9, da comarca de Gaspar (3ª Vara), em que é recorrente Ministério Público do Estado de Santa Catarina, e recorridos Pedro Reinert e outro:

ACORDAM, em Terceira Câmara Criminal, por votação unânime, dar provimento ao recurso. Custas legais.

RELATÓRIO

Cuida-se de recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público contra decisão que indeferiu requerimento de prisão preventiva.

Discorre que os recorridos Pedro Reinert e Veronita Terezinha Reinert foram denunciados como incurso nas sanções do art. 1º, II e III, da Lei n. 8.137/90 e, durante a instrução do processo, postulou-se a segregação cautelar, visto que *“os cofres públicos continuam sendo intensamente lesados pelos acusados”*, pedido que restou indeferido pelo juízo *a quo*.

Argumenta que *“a circunstância autorizadora da prisão preventiva reside na garantia da ordem pública e econômica, porquanto, além das transações simuladas noticiadas na denúncia que geraram acentuados prejuízos ao Estado de Santa Catarina, apurou-se que os acusados continuam não repassando ao fisco estadual o ICMS devido”* (fl. 5).

Sustenta, também, a presença do requisito da necessidade de assegurar a aplicação da lei penal, uma vez que existem indícios concretos de que *“os acusados querem evadir-se do distrito da culpa, dificultando ao máximo a conclusão do feito”* (fl. 9).

Por fim, requer a reforma da decisão para que seja decretada a prisão preventiva dos réus com base na garantia da ordem pública e para assegurar a aplicação da lei penal (fls. 2/9).

Contarrzões ofertadas (fls. 76/90) e exarado o despacho de manutenção da decisão (fl. 124), os autos ascenderam a esta Corte, perante a qual a douta Procuradoria-Geral de Justiça, por intermédio do Dr. Sérgio Antonio Rizelo, manifesta-se pelo provimento do recurso (fls. 129/132).

VOTO

O recurso preenche os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade, motivo pelo qual deve ser conhecido e, no mérito, merece provimento.

A partir da reforma processual penal de 1967, a prisão cautelar preventiva deixou de ser obrigatória, ou seja, para poder decretá-la, deve o magistrado, havendo prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria, deparar-se com pelo menos uma das quatro condições previstas no art. 312 do Código de Processo Penal, quais sejam: garantia da ordem pública, da ordem econômica, conveniência da instrução criminal ou da aplicação da lei penal.

Indo mais além, com o nítido intuito de se evitar as prisões antes da prolação sentença condenatória, no que diz respeito à prisão em flagrante, foi acrescentado o parágrafo único ao art. 310 do Código de Processo Penal, dispondo, em síntese, que ausentes os requisitos da prisão preventiva (art. 312), ao réu deverá ser concedida a liberdade provisória.

No caso em apreço, o Ministério Público requereu e o Juízo *a quo* indeferiu o pedido de prisão preventiva dos acusados e, num primeiro momento, afastou o requisito que objetivava “assegurar a aplicação da lei penal”, nos seguintes termos:

“A presente ação penal iniciou-se em setembro de 2003, com o recebimento da denúncia realizado por intermédio do despacho de fl. 18. A partir de então o feito passou a tramitar com percalços, é bem verdade, mas importa dizer que os dois acusados, já no nascedouro da *persecutio criminis* constituíram advogado e estão, de lá para cá,

promovendo sua defesa, usando para tanto dos meios que lhes põe à disposição o sistema processual vigente, tendo inclusive impetrado ordem de habeas corpus, ofertado resposta escrita à acusação e arrolando apenas duas testemunhas, uma das quais foi hoje oitiva neste Juízo, estando a outra para ser inquirida por carta precatória remetida à Comarca de São Paulo, cujo prazo de 60 dias ainda não findou. Assim, a rigor os acusados, diferentemente do que acima sustenta o diligente Representante do Ministério Público, não estão causando entraves ao bom andamento da ação penal, sabendo-se que ainda residem no endereço fornecido nos autos, nada obstante lá não terem sido localizados pela Sra. Oficiala de Justiça para a presente audiência. Seu comum Defensor aqui hoje compareceu e os trabalhos se desenvolveram normalmente, avizinando-se a conclusão do processo e a correspondente prolação de sentença”.

Ademais, constata-se de consulta ao Sistema de Automação do Judiciário que se deu por encerrada a instrução em 23 de agosto de 2010, ocasião em que os acusados foram interrogados. Tal circunstância demonstra, ao menos em tese, que, de fato, os pacientes não se furtaram ao processo.

Vê-se, pois, que, neste momento processual, não subsiste tal circunstância que poderia ensejar a prisão preventiva.

No entanto, no que tange à garantia da ordem pública e econômica, razão assiste ao órgão Ministerial.

O primeiro ponto de vista a ser ressaltado é o que diz respeito à natureza do bem jurídico tutelado pela norma penal tributária, que não se limita apenas à arrecadação de tributos, mas, ao contrário, sua natureza é de justiça distributiva, a fim de possibilitar que o Estado assegure o cumprimento das prestações públicas que são devidas para sua sustentabilidade – segurança pública, educação, saúde, entre outras.

Para tanto, transcreve-se o bem lançado parecer do ilustre Procurador de Justiça Sérgio Antônio Rizelo, por ocasião do julgamento envolvendo o mesmo tema – Recurso Criminal n. 2009.038952-5, de Joinville, deste Relator –, adotando-o como razão de decidir, *verbis*:

“[...] importa comentar a importância do bem jurídico tutelado pelo art. 2º, ‘caput’ e incisos, da Lei n. 8.137/90, especificamente no que tange à necessidade de intervenção do sistema repressivo penal sob um enfoque constitucional.

“O modelo de Estado adotado pela República Federativa do Brasil, o Democrático de Direito, fundado na tríade democracia, cidadania e dignidade da pessoa humana, deve estar estruturado para a concretização dos direitos e das garantias individuais e sociais fundamentais, objetivando: construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais e; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º da CRFB/88).

“Nessa miríade de incumbências constitucionalmente atribuídas ao Estado Brasileiro, é evidente a necessidade de uma máquina estatal forte e aparelhada técnica, humana e financeiramente. Dessa forma, possui grande importância a arrecadação tributária, principal fonte de recursos do Estado.

“A necessidade do tributo na realização dos fins do Estado Democrático de Direito, definidos pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, não se coaduna com a condolência às práticas evasivas e sonegatórias, exigindo do Estado uma intervenção enérgica a fim de garantir a arrecadação e, conseqüentemente, possibilitar a busca por efetivação dos objetivos da República Federativa do Brasil.

“A garantia da ordem tributária é questão de justiça social e equidade, conforme ressalta Antônio Corrêa:

“o Estado somente alcança o seu objetivo de realização do bem público quando obtém receita suficiente para manter em funcionamento a máquina estatal de prestação de serviços essenciais, tais como a medicina curativa e preventiva, a educação básica, os transportes urbanos, o fornecimento de água tratada e potável, o funcionamento da coleta de dejetos domésticos, o fornecimento de energia elétrica

para atendimento às residências, indústrias e logradouros públicos etc. A sonegação de impostos, se levada a extremos, inviabiliza o funcionamento normal do Estado, prejudicando a população como um todo, ou, quando menos, configurando caso de desigualdade de tratamento; enquanto uns, cumpridores dos deveres, pagam regularmente o fisco, outros, descumpridores dos mesmos deveres, obtêm vantagem indevida com o não-pagamento dos mesmos tributos, impostos de forma ampla e geral a todos os sujeitos passivos. (Dos crimes contra a ordem tributária: comentários à lei n. 8.137, de 27-12-1990.2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 141).

“Nesse sentido, tem-se por incorreta a imediatista visão sustentada por Andreucci, de que o bem jurídico tutelado pelos crimes contra a ordem tributária é o ‘erário’ (ANDREUCCI, Ricardo Antônio. Legislação penal especial. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 334). Diante da atual sistemática constitucional, com acerto leciona Emerson de Lima Pinto ao ampliar o foco de análise do bem jurídico tutelado pela norma penal tributária, conformando-o com as finalidades do atual Estado Democrático de Direito:

[...] ressaltemos o fato de que o bem jurídico exclusivo do crime fiscal não outorga a dimensão real da unidade funcional a que este tipo de delito visa tutelar, pois sua repressão não visa apenas a satisfazer a voracidade arrecadadora da Fazenda Pública, mas, sobretudo, a assegurar os princípios constitucionais explícitos, em nosso caso, pela Constituição (PINTO, Emerson de Lima. A criminalidade economicotributária. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 74).

“Nesse sentido, mesmo em uma concepção de direito penal mínimo, no qual os bens jurídicos tutelados pela norma penal devem ser, preferencialmente, aqueles constitucionalmente consagrados, de grande danosidade social, a repressão penal aos crimes contra a ordem tributária é uma necessidade, pois se coaduna com a realização do Estado Democrático de Direito:

“A realidade demonstra que devemos agir no sentido de utilizar a repressão penal para a ‘criminalidade absoluta’. Isso significa que em realidade devemos usar da tutela penal com uma finalidade garantista, (re)legitimando o sistema penal de acordo com o que acreditamos ser a sua finalidade moderna. Desobstruir as vias que levam a construção

do Estado Social no Brasil! - Compete aos poderes instituídos a realizar o art. 5º, caput, da Constituição Federal de 1988; “todos são iguais perante a lei”, eliminando a distinção presente na (re)pressão penal a partir da posição social, política ou econômica em que o “desviante” ocupa na sociedade. Findemos com tratamentos diferenciados eivados de ofensivos privilégios para aqueles que realizam delitos identificados com a macro criminalidade econômica que afrontam nosso Sistema Penal. (PINTO, Emerson de Lima. A criminalidade econômico-tributária. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 50-51).

“Com a constitucionalização dos direitos humanos, transmudados em direito fundamentais, o estado assume compromissos positivos de efetivação de direitos conquistados historicamente, passando de mero estado fiscalizador para a condição de estado provedor, vinculado a esses direitos e garantias individuais e sociais fundamentais constitucionalmente consagrados. Cabe ao estado brasileiro, portanto, a proteção da dignidade da pessoa humana e dos demais princípios assentes na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, conquistados nessa fase do pós-positivismo. Tal dever não implica, somente, protegê-los contra os excessos praticados pelo Estado, mas, também contra as omissões (proteção deficiente), ‘o que significa dizer que há casos em que o Estado não pode abrir mão da proteção através do direito penal para a proteção do direito fundamental’ (STRECK, Lênio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade. In: Revista da Ajuris, v. 32, n. 97. Alegre: AJURIS, 2005. p. 182-183).

“Desse modo, com base em uma leitura constitucional do direito penal no seio do Estado Democrático de Direito, exige-se uma maior proteção aos bens jurídicos fundamentais à realização dos fins deste, conforme preconiza Lênio Streck:

“Não há dúvida, pois, que as baterias do Direito Penal do Estado Democrático de Direito devem ser direcionadas preferentemente para o combate dos crimes que impedem a realização dos objetivos constitucionais do Estado e aqueles que protegem os direitos fundamentais e os delitos que protegem bens jurídicos inerentes ao exercício da autoridade do Estado (desobediência, desacato), além das condutas que

ferem a dignidade da pessoa, como os crimes de abuso de autoridade, sem falar nos bens jurídicos de índole transindividual como os delitos praticados contra o meio ambiente, as relações de consumo, crimes tributários, etc. (STRECK, Lênio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade. In: Revista da Ajuris, v. 32, n. 97. Porto Alegre: AJURIS, 2005. p. 184).

“Observa-se, nesse ponto, que a proteção de bens jurídicos ligados aos objetivos do Estado brasileiro não constitui somente uma exigência de legitimidade do direito penal, como uma obrigação constitucional implícita de criminalização. A Constituição de 1988 adota uma postura dirigente e compromissária, vinculando o Estado brasileiro a uma série de garantias e direitos que tem por dever concretizar, surgindo, daí, uma proibição de proteção deficiente, um dever de proteção de determinados bens fundamentais por meio do direito penal. Nessa senda, em face da ligação entre o bem jurídico tutelado pelos crimes contra ordem tributária e os objetivos do Estado e da sociedade brasileiros positivados na Constituição Federal, a repressão penal à sonegação fiscal é uma exigência constitucional.

“Luciano Feldens entende, com escora na doutrina internacional, que há, nas constituições democráticas, um dever fundamental de pagar impostos:

“No que respeita mais diretamente, temos que a Constituição de 1988, instituidora do estado Democrático de Direito, é expressa no trato do tema, reservando, dentre o Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), um Capítulo próprio (I) ao qual denominou ‘Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos’. Segue-se a esse capítulo um outro (II), revelador ‘Dos Direitos Sociais’, cuja implementação material ancora-se em ações interventivas do Estado fulcradas em deveres fundamentais implícitos acometidos aos cidadãos, tal o dever de pagar impostos (v.g., art. 6º).

“[...]

“Exprimindo a Constituição, portanto, de maneira explícita ou implícita, um rol de deveres fundamentais - mínimos que sejam - cuja nota de essencialidade decorre da própria necessidade de manutenção dos valores cunhados por esta mesma ordem constitucional, afigura-se-

-nos de todo recomendável que reconhecamos nessa categoria jurídica dos deveres fundamentais um relevante e legítimo paradigma para o exercício (positivo e negativo) da atividade legislativa incriminadora, notadamente quando os bens jurídicos protegidos (v.g., a ordem econômica e tributária) em face da imposição desses deveres (v.g., dever fundamental de pagar impostos) postam-se de forma a identificar-se aos próprios fins perseguidos pelo Estado Democrático de Direito, presente a noção que se vem de sustentar de um Direito Penal funcionando como um instrumento de proteção de valores essenciais. (FELDENS, Luciano. Tutela Penal de Interesses Difusos e Crimes do Colarinho Branco. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 85-87).

“O dever constitucional de pagar impostos decorre de uma necessidade lógica do estado e da sociedade, obrigados constitucionalmente à realização dos objetivos do Estado Democrático de Direito, necessitando, para tanto, que o Estado brasileiro tenha respaldo econômico- financeiro, o que ocorre com a arrecadação fiscal. Assim, a sonegação de impostos afeta, direta e indiretamente, os objetivos constitucionais do Estado brasileiro, à medida que desestrutura economicamente o aparelho governamental voltado à concretização daqueles direitos e garantias, não podendo ser tida como irrelevante ou de reduzido potencial ofensivo a ponto de se invocar a aplicação do direito penal mínimo.

“A criminalização da sonegação fiscal afigura-se, portanto, como uma exigência constitucional, visando ao aparelhamento do Estado para o desempenho das funções e a concretização dos objetivos que lhe competem.

“Nesse diapasão, vale destacar que é consabido que a maior parte da arrecadação dos Estados da Federação decorre da cobrança do ICMS. Logo, os impactos sociais decorrentes da inadimplência desse tributo são especialmente graves.

“Segundo o Balanço Geral do Estado de Santa Catarina, do exercício de 2008, disponível no sítio da Secretaria da Fazenda Estadual (In:http://www.sef.sc.gov.br/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=111&Itemid=26, acessado em 22.07.2009), a arrecadação

proveniente do Imposto sobre Circulação de Mercadorias correspondeu a R\$ 6.756.420.027,29 do total de R\$ 8.070.509.401,98 de toda a Receita Tributária do Estado, ou seja, cerca de 83% de toda a arrecadação com tributos.

“Não se pode admitir, portanto, a condolência dos Poderes Legislativo e Judiciário para com a prática da sonegação fiscal, que deve ser fortemente reprimida, mormente em se tratando de apropriação indevida de ICMS, uma das principais fontes de receita dos estados federados”.

Tecidas tais considerações, passa-se à análise do caso em comento.

Com efeito, a garantia da ordem pública e econômica mostra-se violada, em razão da reiteração da prática criminosa pelos acusados.

Na hipótese, a denúncia data de 23 de agosto de 2003, e imputa aos pacientes os crimes definidos nos incisos II e III do art. 1º da Lei n. 8.137/90.

Decorridos aproximadamente 7 anos de instrução criminal, em 7 de julho de 2010 foi ouvido o Auditor Fiscal da Fazenda, Sr. Werner Gerson Dannebrock, que, sob o crivo do contraditório, informou que *“até hoje a empresa dos acusados continua ativa nos cadastros, sendo que não continuam pagando os tributos ao Estado Catarinense”*, e que *“a dívida atual da empresa dos acusados junto ao Fisco Estadual é superior a R\$ 1.000.000,00”* (fl. 69).

Em simples consulta ao Sistema de Automação do Judiciário, pode-se constatar que os acusados respondem a mais duas ações penais de igual natureza – 025.06.003426-7 (extinta a punibilidade em razão da prescrição ficta, hoje vedada pelo teor da Súmula 438 do STJ) e 025.09.005154-2 (fl. 72) – e correspondentes a fatos posteriores à hipótese em comento, circunstância que também indica que continuam a infringir a legislação que tutela a ordem tributária, *“o que deixa transparecer que processos criminais e autuações fiscais não os intimidam e nem representam qualquer tipo de constrangimento”* (PGJ, à fl. 143).

Referido fato é corroborado pelos documentos acostados pela douta Procuradoria-Geral de Justiça (fls. 142/177), extraídos pelo Centro de Apoio Operacional da Ordem Tributária (COT), órgão do Ministério Público Estadual, no S@T – Sistema de Administração Tributária – da Secretaria de Estado da Fazenda, de cujos exames se constata que os requeridos prosseguem no cometimento de crimes contra a ordem tributária. Veja-se:

“Prova disso repousa nas Notificações Fiscais n. 106030041312, 216354453, 217152277, 217188552, 222125953, 66030188256, 76030044375, 76030410185, 86030012055, 86030122616 e 96030109676, as quais informam que a empresa Confecções Tallymalhas Ltda., pertencente aos Recorridos, não pagou o ICMS que confessou ter cobrado quando vendeu mercadorias nos meses de agosto à dezembro de 2009, janeiro à novembro de 2003, agosto à dezembro 2002 e janeiro à maio de 2004, junho de 2002, junho, agosto, outubro à dezembro de 2004, fevereiro à dezembro de 2005 e janeiro, fevereiro e abril de 2006, junho à dezembro de 2006 e janeiro de 2007, fevereiro à junho de 2007, julho à dezembro de 2007, janeiro, março à maio de 2008 e março, abril e junho de 2009, caracterizadoras, em tese, da prática delituosa descrita no art. 2º, inc. II, da Lei n. 8.137/1990 [...].

“[...]

“Inexiste qualquer discussão administrativa a respeito das Notificações Fiscais referidas acima – que não são aquelas que constam na denúncia da Ação Penal já deflagrada contra os Recorridos –, as quais já se encontram inscritas em dívida ativa, e a soma dos valores nelas noticiados importa R\$ 804.958,88 (oitocentos e quatro mil, novecentos e cinquenta e oito reais e oitenta e oito centavos), desconsiderada a atualização monetária desde a data de suas emissões”.

“As Notificações Fiscais que embasam a denúncia totalizam R\$ 668.755,48 (seiscentos e sessenta e oito mil, setecentos e cinquenta e cinco reais e quarenta e oito centavos).

“A soma do ICMS devido pelos Acusados, considerado o valor já denunciado e mais aquele cujas notificações identificamos acima, totaliza 1.473.714,30 (um milhão, quatrocentos e setenta e três mil, setecentos e quatorze reais e trinta centavos), desconsiderada

qualquer atualização monetária a partir da data da emissão das Notificações Fiscais antes referidas” (fls. 142/143).

A propósito, bem obtemperou o Promotor de Justiça em suas razões recursais: *“é preocupante o fato de os réus responderem a mais de uma ação penal, porém, nem mesmo assim, dispõem-se a mudar seus comportamentos delituosos e onerosos aos cofres públicos. Noutras palavras, fazem pouco caso das medidas judiciais adotadas e continuam a fraudar e lesar os cofres públicos, em prejuízo de toda coletividade”* (fl. 8).

Acerca da reiterada conduta delituosa dos recorridos, colaciona-se excerto do parecer do douto Parecista:

“O dolo e a nocividade social do agir dos acusados são intensos, pois a soma de todos os impostos que os mesmos se apropriaram deixa de representar obras e serviços públicos destinados ao atendimento de inúmeras necessidades de populações inteiras” (fl. 132).

A doutrina não discrepa e, segundo Guilherme de Souza Nucci, *“a garantia da ordem econômica trata-se de uma espécie do gênero garantia da ordem pública”*, pois, *“visa-se, com a decretação da prisão preventiva, impedir que o agente, causador de seriíssimo abalo à situação econômico-financeira de uma instituição ou mesmo de órgão do Estado, permaneça em liberdade, demonstrando à sociedade a impunidade reinante nessa área”* (Código de processo penal comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 622/623).

O Superior Tribunal de Justiça, a despeito, pronunciou-se no sentido de que *“o desvio de vultosas quantias dos cofres públicos, causa repercussão negativa na opinião pública, até mesmo em função da publicidade opressiva envolvente do caso e invoca a garantia da ordem pública, aliada à magnitude da lesão, a justificar o decreto de prisão preventiva”* (Habeas Corpus n. 14.270, rel. Min. Fernando Golçalves, j. em 12/12/2000).

No mesmo sentido, esta Corte já manifestou entendimento de que a reiteração na prática criminosa é motivo suficiente para justificar a decre-

tação da prisão preventiva, confira-se: Habeas Corpus n. 2009.028777-1, de Joinville, rel. Des. Torres Marques, j. em 25/6/2009; Habeas Corpus n. 2009.022927-4, de Palhoça, rela. Desembargadora Marli Mosimann Vargas, j. em 2/6/2009; Habeas Corpus n. 2009.020987-0, de Chapecó, rel. Des. Roberto Lucas Pacheco, j. em 20/5/2009.

Desse modo, remanescendo o requisito do art. 312 do Código de Processo Penal – garantia da ordem pública e econômica –, torna-se viável a segregação cautelar dos recorridos.

À luz do exposto, dá-se provimento ao recurso.

DECISÃO

Ante o exposto, decide a Câmara, por unanimidade de votos, dar provimento ao recurso.

O julgamento, realizado no dia 22 de fevereiro de 2011, foi presidido pelo Excelentíssimo Sr. Des. Torres Marques, com voto, e dele participou o Excelentíssimo Sr. Des. Alexandre d'Ivanenko. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria Geral de Justiça, o Excelentíssimo Dr. Sérgio Antonio Rizelo.

Florianópolis, 22 de fevereiro de 2011.

Moacyr de Moraes Lima Filho
RELATOR

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

AGRAVO REGIMENTAL

Agravo Regimental (Recurso) em Recurso Extraordinário em Apelação Cível n. 2009.014135-8/0003.01, de Criciúma

Agravante : Brasil Telecom S/A

Advogados : Drs. Everaldo Luís Restanho (9195/SC) e outros

Agravado : Valdir Antonio Feliciano

Advogado : Dr. Luis Antônio Requião (22563/SC)

DESPACHO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão desta 3ª Vice-Presidência, que inadmitiu recurso extraordinário, nos termos do art. 543-B, §2º, do CPC, aplicando entendimento do STF em matéria de repercussão geral, posteriormente convertido em agravo regimental por decisão do Excelso Pretório.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Questão de Ordem incidente no Agravo de Instrumento n. 760.358, entendeu que “os tribunais e turmas recursais de origem têm competência para dar encaminhamento definitivo aos processos múltiplos nos temas levados à análise de repercussão geral. Não Há, nesta hipótese, delegação de competência. O Tribunal a quo a exerce por força direta da nova sistemática legal. [] Sob pena de subverter-se toda a lógica do sistema, não cabe agravo de instrumento de cada decisão que aplica a jurisprudência desta corte em cumprimento ao disposto no § 3º do art. 543-B, do Código de Processo Civil” (STF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, AI 760.358/SE-QO, j. 19-11-2009).

Em suma, o Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que cabe agravo regimental contra as decisões dos tribunais de justiça locais que aplicam entendimento do STF em tema de repercussão geral,

que também considera incabíveis o agravo de instrumento do art. 544 do CPC e a reclamação.

Neste sentido, tratando a respeito dos efeitos da Repercussão Geral sobre os agravos de instrumento, o STF divulga a seguinte nota em seu sítio eletrônico: VII – Não cabe Agravo de Instrumento (CPC, art. 544) nem Reclamação contra decisão monocrática da origem que inadmite Recurso Extraordinário, aplicando entendimento do STF sobre tema com Repercussão Geral. Não cabe o Agravo de Instrumento do art. 544 do CPC contra decisão do Tribunal ou Turma de Agravo Regimental (Recurso) em Recurso Extraordinário em Apelação Cível n. 2009.014135-8/0003.01 2 Desembargador Monteiro Rocha origem que inadmite Recurso Extraordinário, aplicando, equivocadamente, entendimento do STF a respeito de tema com repercussão geral. Tampouco cabe Reclamação, sob pena de desvirtuar o sistema da repercussão geral. Tratando-se de decisão monocrática, cabe Agravo Regimental na origem, na forma do respectivo Regimento Interno. (AI 760.358-QO, Rel. Min. Gilmar Mendes, e Reclamações 7.547 e 7.569, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 19/11/2009, (13/08/2010, in [http://www.stf.jus.br/portal/cms/](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudencia_RepercussaoGeral&pagina=processamentoMultiplo)

[verTexto.asp?servico=jurisprudencia RepercussaoGeral&pagina=processamentoMultiplo](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudencia_RepercussaoGeral&pagina=processamentoMultiplo)).

No mesmo diapasão é o art. 195 do RITJSC, que prevê o cabimento de agravo regimental contra decisões proferidas pelo Presidente e Vice Presidente do TJSC (art. 3º, II, d, do Ato Regimental n. 101/2010), a ser apreciado pelo Órgão Especial, por delegação de competência do Tribunal Pleno.

No caso dos autos, o Supremo Tribunal Federal converteu o agravo de instrumento do art. 544 do CPC em agravo regimental.

Em decorrência, encaminhe-se o presente feito à Diretoria Judiciária para fins de redistribuição a um Desembargador membro do Órgão

Especial deste Sodalício, por não ter assento nesse colegiado e não poder ser revisor de minha própria decisão, o que ofenderia determinação do Excelso Pretório.

Cumpra-se, redistribuindo-se os autos por sorteio, observado o disposto no art. 4º do Ato Regimental n. 101/2010-TJ.

Florianópolis, 11 de janeiro de 2011.

Des. Monteiro Rocha
3º Vice-Presidente

RELAÇÃO DAS COMARCAS

DO ESTADO DE SANTA CATARINA

Fórum da Comarca de Abelardo Luz
Av. Padre João Smedt, 1.667 — Centro
CEP: 89830-000 — Abelardo Luz
Telefone: (49) 3445-8100

Fórum da Comarca de Anchieta
Av. Anchieta, 722 — Centro
CEP: 89970-000 — Anchieta
Telefone: (49) 3653-3000

Fórum da Comarca de Anita Garibaldi
Rua Vidal Ramos Júnior, s/n — Centro
CEP: 88590-000 — Anita Garibaldi
Telefone: (49) 3543-5300

Fórum da Comarca de Araquari
Rua Antonio Ramos Alvim, 500 — Centro
CEP: 89245-000 — Araquari
Telefone: (47) 3447-7500

Fórum da Comarca de Araranguá
Rua Cel. João Fernandes, 195 — Centro
CEP: 88900-000 — Araranguá
Telefone: (48) 3521-6000

Fórum da Comarca de Armazém
Rua Antônio David Filet, s/n — Centro
CEP: 88740-000 — Armazém
Telefone: (48) 3645-4200

Fórum da Comarca de Ascurra
Rua Padre Simão Majcher, 65 — Centro
CEP: 89138-000 — Ascurra
Telefone: (47) 3383-3300

Fórum da Comarca de Balneário Camboriú

Av. das Flores, s/n — Bairro dos Estados
CEP: 88330-000 — Balneário Camboriú
Telefone: (47) 3261-1700

Fórum da Comarca de Barra Velha

Rua Vice-Prefeito José do Patrocínio de Oliveira, 1.003 — Centro
CEP: 88390-000 — Barra Velha
Telefone: (47) 3446-7500

Fórum da Comarca de Biguaçu

Rua Rio Branco, 29 — Centro
CEP: 88160-000 — Biguaçu
Telefone: (48) 3279-9200

Fórum da Comarca de Blumenau

Rua Elesbão Pinto, 620 — Bairro da Velha
CEP: 89036-200 — Blumenau
Telefone: (47) 3321-9200

Fórum da Comarca de Bom Retiro

Rua 14 de Janeiro, 165 — Centro
CEP: 88680-000 — Bom Retiro
Telefone: (49) 3277-3000

Fórum da Comarca de Braço do Norte

Rua Jorge Lacerda, s/n (Pça. Padre Roher) — Centro
CEP: 88750-000 — Braço do Norte
Telefone: (48) 3658-9200

Fórum da Comarca de Brusque

Praça das Bandeiras, s/n — Centro
CEP: 88350-051 — Brusque
Telefone: (47) 3251-1500

Fórum da Comarca de Caçador
 Rua Conselheiro Mafra, 790 — Centro
 CEP: 89500-000 — Caçador
 Telefone: (49) 3561-2500

Fórum da Comarca de Camboriú
 Rua Goiânia, 104 — Centro
 CEP: 88340-000 — Camboriú
 Telefone: (47) 3365-9300

Fórum da Comarca de Campo Belo do Sul
 Rua Major Teodósio Furtado, 30 — Centro
 CEP: 88580-000 — Campo Belo do Sul
 Telefone: (49) 3249-3300

Fórum da Comarca de Campo Erê
 Rua Maranhão, s/n — Centro
 CEP: 89980-000 — Campo Erê
 Telefone: (49) 3655-3500

Fórum da Comarca de Campos Novos
 Praça Lauro Müller, 121 — Centro
 CEP: 89620-000 — Campos Novos
 Telefone: (49) 3541-6400

Fórum da Comarca de Canoinhas
 Rua Vidal Ramos, 650 — Centro
 CEP: 89460-000 — Canoinhas
 Telefone: (47) 3621-5600

Fórum da Comarca de Capinzal
 Rua Carmelo Zoccoli, 133 — Centro
 CEP: 89665-000 — Capinzal
 Telefone: (49) 3555-8000

Fórum da Comarca da Capital (Central)
Av. Governador Gustavo Richard, 434 — Centro
CEP: 88020-901 — Florianópolis
Telefone: (48) 3251-6500

Fórum Distrital do Norte da Ilha
Campus da UFSC – Av. Desembargador Vitor Lima, 183 – Fundos – Serrinha
CEP: 88040-400 — Florianópolis
Telefone: (48) 3331-3300

Fórum Distrital do Continente
Rua São José, 300 — Estreito
CEP: 88075-310 — Florianópolis
Telefone: (48) 3271-1900

Fórum da Comarca de Capivari de Baixo
Rua Engenheiro Márcio Portela, 36 — Centro
CEP: 88745-000 — Capivari de Baixo
Telefone: (48) 3621-4800

Fórum da Comarca de Catanduvas
Rua Felipe Schmidt, 1.435 — Centro
CEP: 89670-000 — Catanduvas
Telefone: (49) 3525-6400

Fórum da Comarca de Chapecó
Rua Augusta Müller Bohner, 300-D — Passo dos Fortes
CEP: 89805-900 — Chapecó
Telefone: (49) 3321-9400

Fórum da Comarca de Concórdia
Rua Dr. Maruri, 865 — Centro
CEP: 89700-000 — Concórdia
Telefone: (49) 3441-1500

Fórum da Comarca de Coronel Freitas

Rua Minas Gerais, 586 — Centro
 CEP: 89840-000 — Coronel Freitas
 Telefone: (49) 3347-3300

Fórum da Comarca de Correia Pinto

Rua Vitória Régia, 254 — Pro-Flor
 CEP: 88535-000 — Correia Pinto
 Telefone: (49) 3243-6300

Fórum da Comarca de Criciúma

Av. Santos Dumont, s/n — Milanesi
 CEP: 88804-301 — Criciúma
 Telefone: (48) 3431-5200

Fórum da Comarca de Cunha Porá

Rua Benjamin Constant, 832 — Centro
 CEP: 89890-000 — Cunha Porá
 Telefone: (49) 3646-3000

Fórum da Comarca de Curitibaanos

Rua Antônio Rossa, 241 — Centro
 CEP: 89520-000 — Curitibaanos
 Telefone: (49) 3221-0500

Fórum da Comarca de Descanso

Rua Thomaz Koproski, 615 — Centro
 CEP: 89910-000 — Descanso
 Telefone: (49) 3623-6400

Fórum da Comarca de Dionísio Cerqueira

Av. Washington Luís, 670 — Centro
 CEP: 89950-000 — Dionísio Cerqueira
 Telefone: (49) 3644-6200

Fórum da Comarca de Forquilha

Rodovia Antônio Valmor Canela, 106 — Santa Izabel

CEP: 88850-000 — Forquilha

Telefone: (48) 3463-8300

Fórum da Comarca de Fraiburgo

Av. Curitibanos, 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 — Saguapu
CEP: 89201-900 — Joinville
Telefone: (47) 3461-8500

Fórum da Comarca de Lages
Rua Belisário Ramos, 3.650 — Centro
CEP: 88501-902 — Lages
Telefone: (49) 3221-3500

Fórum da Comarca de Laguna
Rua Arcângelo Bianchini, 69 — Centro
CEP: 88790-000 — Laguna
Telefone: (48) 3644-8300

Fórum da Comarca de Lauro Müller
Travessa 20 de Janeiro, s/n — Centro
CEP: 88880-000 — Lauro Müller
Telefone: (48) 3464-8600

Fórum da Comarca de Lebon Régis
Rua Valdir Ortigari, 45 — Centro
CEP: 89515-000 — Lebon Régis
Telefone: (49) 3247-6000

Fórum da Comarca de Mafra
Av. Cel. José Severiano Maia, 863 — Centro
CEP: 89300-000 — Mafra
Telefone: (47) 3641-4200

Fórum da Comarca de Maravilha
Av. Anita Garibaldi, 1.181 — Centro
CEP: 89874-000 — Maravilha
Telefone: (49) 3664-8800

Fórum da Comarca de Modelo
Rua Presidente Vargas, 20 — Centro
CEP: 89872-000 — Modelo
Telefone: (49) 3365-2500

Fórum da Comarca de Mondaí
Rua Aurora, 65 — Centro
CEP: 89893-000 — Mondaí
Telefone: (49) 3674-3000

Fórum da Comarca de Navegantes
Av. Prefeito José Juvenal Mafra, 498 — Centro
CEP: 88375-000 — Navegantes
Telefone: (47) 3342-9100

Fórum da Comarca de Orleans
Rua Rui Barbosa, 320 — Centro
CEP: 88870-000 — Orleans
Telefone: (48) 3466-6100

Fórum da Comarca de Otacílio Costa
Rua Clementino Zambonato, 119 — Centro
CEP: 88540-000 — Otacílio Costa
Telefone: (49) 3275-8000

Fórum da Comarca de Palhoça
 Rua Cel. Bernardino Machado, 95 — Centro
 CEP: 88130-220 — Palhoça
 Telefone: (48) 3279-3300

Fórum da Comarca de Palmitos
 Rua Padre Manoel da Nóbrega, s/n — Centro
 CEP: 89887-000 — Palmitos
 Telefone: (49) 3647-9400

Fórum da Comarca de Papanduva
 Rua Simeão Alves de Almeida, 411 — Centro
 CEP: 89370-000 — Papanduva
 Telefone: (47) 3653-6000

Fórum da Comarca de Pinhalzinho
 Av. Porto Alegre — Esq. com a Rua São Luiz, 735 — Centro
 CEP: 89870-000 — Pinhalzinho
 Telefone: (49) 3366-6100

Fórum da Comarca de Pomerode
 Rua XV de Novembro, 700 — Centro
 CEP: 89107-000 — Pomerode
 Telefone: (47) 3387-7400

Fórum da Comarca de Piçarras
 Av. Emanuel Pinto, 1.655 — Centro
 CEP: 88380-000 — Piçarras
 Telefone: (47) 3347-4000

Fórum da Comarca de Ponte Serrada
 Rua 3 de Maio, 460 — Centro
 CEP: 89683-000 — Ponte Serrada
 Telefone: (49) 3435-6500

Fórum da Comarca de Porto Belo
Av. Gov. Celso Ramos, 2.890 — Centro
CEP: 88210-000 — Porto Belo
Telefone: (47) 3369-7100

Fórum da Comarca de Porto União
Rua Voluntários da Pátria, 365 — Centro
CEP: 89400-000 — Porto União
Telefone: (42) 3521-3700

Fórum da Comarca de Presidente Getúlio
Rua Kurt Hering, 14 — Centro
CEP: 89150-000 — Presidente Getúlio
Telefone: (47) 3352-5000

Fórum da Comarca de Quilombo
Rua Presidente Juscelino, 703 — Centro
CEP: 89850-000 — Quilombo
Telefone: (49) 3346-2000

Fórum da Comarca de Rio do Campo
Rua 29 de Dezembro, s/n — Centro
CEP: 89198-000 — Rio do Campo
Telefone: (47) 3564-8900

Fórum da Comarca de Rio do Oeste
Rua XV de Novembro, 1.570 — Centro
CEP: 89180-000 — Rio do Oeste
Telefone: (47) 3543-9300

Fórum da Comarca de Rio do Sul
Rua Dom Bosco, 820 — Jardim América
CEP: 89160-000 — Rio do Sul
Telefone: (47) 3531-4700

Fórum da Comarca de Rio Negrinho
 Rua Carlos Hantschel, 425 — Bela Vista
 CEP: 89295-000 — Rio Negrinho
 Telefone: (47) 3641-1700

Fórum da Comarca de Santa Cecília
 Rua XV de Novembro, s/n — Centro
 CEP: 89540-000 — Santa Cecília
 Telefone: (49) 3244-6500

Fórum da Comarca de Santa Rosa do Sul
 Rua Raul José dos Santos, 120 — Centro
 CEP: 89965-000 — Santa Rosa do Sul
 Telefone: (48) 3534-8200

Fórum da Comarca de Santo Amaro da Imperatriz
 Rua Frei Fidêncio Feldmann, 425 — Centro
 CEP: 88140-000 — Santo Amaro da Imperatriz
 Telefone: (48) 3245-4000

Fórum da Comarca de São Bento do Sul
 Av. São Bento, 401 — Colonial
 CEP: 89290-000 — São Bento do Sul
 Telefone: (47) 3631-1900

Fórum da Comarca de São Carlos
 Rua La Salle, 243 — Centro
 CEP: 89885-000 — São Carlos
 Telefone: (49) 3325-1000

Fórum da Comarca de São Domingos
 Rua Major Azambuja, 138 — Centro
 CEP: 89835-000 — São Domingos
 Telefone: (49) 3443-6800

Fórum da Comarca de São Francisco do Sul
Rua Leôncio Pereira, 304 — Rocío 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

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO EM APELAÇÃO CÍVEL

2009.014135-8 – Criciúma.....597

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO

784.572 (STF) – Santa Catarina63

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

605.609 (STF) – Santa Catarina68

AGRAVOS DE INSTRUMENTO

2010.031117-9 – Videira.....236

2010.052546-2 – Joaçaba135

APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA

2010.071616-6 – Capital.....352

APELAÇÕES CÍVEIS

2005.040681-2 – Capital.....368

2006.004022-2 – Criciúma.....142

2006.027901-2 – Ituporanga150

2006.043183-2 – Capital.....165

2008.007621-6 – Capital.....195

2008.018105-0 – Balneário Camboriú.....222

2008.019665-9 – Blumenau314

2008.028863-9 – Araranguá249

2008.048025-7 – Capital.....388

2009.024692-6 – São José.....321

2009.065803-5 – Campos Novos406

2010.006109-2	– São Miguel do Oeste.....	376
2010.009038-5	– São Bento do Sul	242
2010.010763-5	– Garopaba	215
2010.036918-7	– Braço do Norte	267
2010.075914-2	– Santo Amaro da Imperatriz	176
2010.077284-1	– Capital.....	340
2010.087497-0	– Balneário Camboriú.....	188
2011.011087-9	– Ituporanga	229

APELAÇÕES CRIMINAIS

2008.055373-2	– Seara	451
2009.028339-5	– Capital.....	499
2009.063536-7	– Xaxim	467
2010.022295-1	– Maravilha.....	429
2010.066434-8	– Blumenau	522

EMBARGOS INFRINGENTES

2010.061719-8	– Rio do Campo	130
---------------	----------------------	-----

HABEAS CORPUS

104.384 (STF)	– Santa Catarina	73
2010.044366-5	– Seara	488
2011.000301-7	– São José.....	566

MANDADO DE SEGURANÇA

2010.014056-3	– Capital.....	121
---------------	----------------	-----

RECURSO CRIMINAL

2010.039135-9	– Gaspar	581
---------------	----------------	-----

RECURSO DE AGRAVO

2010.063675-8 – Joinville573

RECURSO ESPECIAL

1.181.408 (STJ) – Santa Catarina85

RECURSOS EM MANDADOS DE SEGURANÇA

17.554 (STJ) – Santa Catarina94

31.893 (STJ) – Santa Catarina111

ÍNDICE POR ASSUNTO

AÇÃO DE COBRANÇA

- Morte em naufrágio – Seguro obrigatório de danos pessoais causados por embarcações. Responsabilidade pelo pagamento indenizatório. Segurador da embarcação. Ilegitimidade passiva reconhecida. Recurso provido. ...188
- Habilitação de crédito nos autos de inventário – Título executivo judicial. Procedência. Solução que atende aos princípios da economia, celeridade e instrumentalidade das formas. Recurso provido.176

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS

- Constitucional e civil – Danos morais. Pressupostos não demonstrados. Alegado excesso por parte de policiais militares. Estrito cumprimento do dever legal e legítima defesa. Improcedência. Recurso estatal provido.340

AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE DIREITO C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS

- Concurso público – Bombeiro militar. Tatuagem discreta. Exclusão da candidata. Impossibilidade. Medida que afronta os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Entendimento de permitir acesso de todos aos cargos públicos. Danos morais e materiais decorrentes da exclusão. Não ocorrência. Recurso da autora desprovido e o do réu parcialmente provido..376

AÇÃO MONITÓRIA

- Sentença que rejeita os embargos injuntivos – Irresignação dos demandados. Dívida representada por documento particular firmado pelo falecido. Dever de pagar. Conteúdo no documento que revela abatimento do valor inicial exigido pela credora. Minoração. Cabimento. Recurso parcialmente provido.249

ACÇÃO ORDINÁRIA DE REVISÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS

— Cartão de crédito e de parcelamento do saldo devedor – Determinação de exibição pela administradora do contrato de parcelamento. Descumprimento que acarreta admissão dos fatos. Autora que não revela elementos essenciais da operação, do valor renegociado e das parcelas. Revisão inepta. Viabilidade, apenas, do exame do contrato de utilização do cartão de crédito. Recurso parcialmente provido.321

ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL

— Construção de usina hidrelétrica – Incidência de ISS. Cobrança sobre serviços que não estão no rol da norma de regência. Reconhecimento pelo ente público de erro. Redução voluntária do valor em contestação. Correção não efetivada a tempo e modo. Hipótese que tira a liquidez do título. Exclusão do valor constante na CDA que fundamenta a execução fiscal. Decisão que garantiu a obrigação tributária mediante novo procedimento administrativo com adequações necessárias. Omissão do ente público em atender à norma de regência. Recurso desprovido.406

ARRESTO

— Medida preparatória para execução forçada lastrada em título líquido, certo e exigível – Liminar. Bem de família. Acolhimento. Descaracterização do bem de família. Repristinação da constrição deferida *inittio littis* incabível. Utilidade. Inexistência. Carência de ação reconhecida. Recurso desprovido.222

BUSCA E APREENSÃO

— Inicial indeferida – Mora. Constituição irregular. Exordial instruída com notificação premonitória estranha à lide proposta e cópia da cédula de crédito bancário. Equívoco do patrono do autor. Juízo de admissibilidade ao magistrado ausente. Emenda da vestibular. Norma cogente. Afronta manifesta. Sentença cassada. Recurso provido.229

CÓDIGO CIVIL

— Art. 104321
 — Art. 112321
 — Art. 177 (1916).....249
 — Art. 206, § 5º, I.....249
 — Art. 368267
 — Art. 406267
 — Art. 591321
 — Art. 877321
 — Art. 1.062 (1916).....267
 — Art. 1.523, III150
 — Art. 1.603 (1916).....249
 — Art. 1.641, I150
 — Art. 1.796 (1916).....249
 — Art. 2.028249

CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR (Lei n. 8.078/1990)

— Art. 39321
 — Art. 42267
 — Art. 43321
 — Art. 44321
 — Art. 46321
 — Art. 52321
 — Art. 54267

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

— Art. 14, II.....165
 — Art. 17, IV, VI e VII.....165
 — Art. 18165
 — Art. 20, § 3º.....195
 — Art. 20, §§ 3º, *a, b e c*, e 4º 249, 267
 — Art. 20, § 4º 368, 222, 176, 236, 406
 — Art. 21, *caput*321

— Art. 21	376, 267
— Art. 56	215
— Art. 59	215
— Art. 60	215
— Art. 219	267
— Art. 246	249
— Art. 265, IV, <i>a</i> , e § 5º	215
— Art. 267, I e IV	229
— Art. 267, IV	222
— Art. 267, VI	376, 142, 188, 249
— Art. 267, VI e § 3º	222
— Art. 282	229
— Art. 282, VI	321
— Art. 283	229, 321
— Art. 284, <i>caput</i>	229
— Art. 286	321
— Art. 295, I	195
— Art. 295, I, parágrafo único único, III	321
— Art. 320, II	388
— Art. 330, I	388, 267
— Art. 333, I	321
— Art. 333, I e II	150
— Art. 359, I	321
— Art. 396	321
— Art. 398	195
— Art. 461, § 5º	195
— Art. 475-L	236
— Art. 475-L, I, II, III, IV, V e VI	176
— Art. 475-M	236
— Art. 475-N, III	176
— Arts. 513 a 521	406
— Art. 515, § 3º	142, 176, 267
— Art. 520, II	135
— Art. 523, § 1º	352

— Art. 535	85
— Art. 557, § 1º	321
— Art. 585, VII	406
— Art. 614, I	229
— Art. 738	267
— Art. 739-A, § 6º	267
— Arts. 796 a 807	222
— Art. 985	165
— Art. 986	165
— Art. 987	165
— Art. 1.018	176

CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

— Art. 41	522
— Art. 61, <i>caput</i>	499
— Art. 80	499
— Art. 155	522
— Art. 310	581
— Art. 312	581, 488, 73
— Art. 381, III	451
— Art. 387, parágrafo único	73
— Art. 482	467
— Art. 483	467
— Art. 593, III, <i>a, c e d</i>	467

CÓDIGO FLORESTAL (Lei n. 4.771/1965)

— Art. 2º, <i>a</i> , 1	451
-------------------------------	-----

CÓDIGO PENAL

— Art. 2º, parágrafo único	429
— Art. 14, II	429
— Art. 17	522
— Art. 29, <i>caput</i>	467

— Art. 29, § 1º	499
— Art. 29, §§ 1º e 2º	467
— Art. 33, § 2º, <i>a</i>	522, 573
— Art. 33, § 2º, <i>c</i>	499
— Art. 33, § 3º.....	522, 573
— Art. 44	499, 566
— Art. 44, I.....	522
— Art. 59	522, 573
— Art. 60	522
— Art. 61, I.....	522
— Art. 63	522
— Art. 64	522
— Art. 65, I.....	499, 467
— Art. 69	522, 573, 488
— Art. 71	522
— Art. 72	522
— Art. 76	573
— Art. 77	522
— Art. 109, V.....	499
— Art. 110, § 1º.....	499
— Art. 115	499
— Art. 121, <i>caput</i>	467
— Art. 121, § 1º.....	467
— Art. 121, § 2º, I.....	467
— Art. 155, § 4º, II e § 5º	499
— Art. 168	499
— Art. 171, <i>caput</i>	522
— Art. 171	499
— Art. 188	499
— Art. 213	429
— Art. 217-A, <i>caput</i> e §§ 1º, 2º, 3º e 4º	429
— Art. 224, <i>a</i>	429
— Art. 288, <i>caput</i>	499, 522
— Art. 325	488

— Art. 329340
 — Art. 331340

CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL

LEI N. 5.172/1966

— Art. 161, § 1º.....267
 — Art. 202406
 — Art. 203406

DECRETO-LEI N. 406/1968

—406

CONSTITUIÇÃO

FEDERAL-1988

— Art. 1º, III..... 73
 — Art. 3º581
 — Art. 5º 73
 — Art. 5º, II321
 — Art. 5º, IX e X.....195
 — Art. 5º, XV..... 73
 — Art. 5º, XXXVIII, *d*.....467
 — Art. 5º, XL429
 — Art. 5º, XLIII 73
 — Art. 5º, XLVI566
 — Art. 5º, LIV..... 236, 73
 — Art. 5º, LV 522, 195
 — Art. 5º, LXI..... 488, 73
 — Art. 5º, LXII 73
 — Art. 5º, LXV 73
 — Art. 5º, LXVIII 73
 — Art. 37, § 6º.....340
 — Art. 40, § 1º, I.....352
 — Art. 93, IX..... 73

— Art. 100, § 2º.....	121
— Art. 136, § 3º, I e III.....	73
— Art. 144	73
— Art. 144, V, § 5º.....	340
— Art. 150, I e III	406
— Art. 156, III	406
— Art. 158, IV	368
— Art. 192, § 3º.....	321
— Art. 196	121
— Art. 225, § 3º.....	451

CRIME AMBIENTAL

— Corte de árvores nativas, parte delas localizada às margens de rio em propriedade particular – Espaço protegido por lei. Autoria e materialidade evidenciadas. Condenação. Absolvição por falta de provas. Conjunto probatório que atesta a prática criminosa. Diminuição das penas-bases ao mínimo legal. Recurso parcialmente provido.	451
---	-----

CRIME CONTRA OS COSTUMES

— Tentativa de estupro – Violência presumida. Condenação. Materialidade e autoria amplamente demonstradas. Afastamento do caráter hediondo do delito. Impossibilidade. Crime hediondo. Regime inicial fechado. Afastamento da causa especial de aumento de pena. Acolhimento. Recurso parcialmente provido.	429
--	-----

DECLARATÓRIA

— Repasse de ICMS aos municípios – Redução de repasse do produto de arrecadação. Recurso julgado improcedente neste Tribunal e procedente pelo STF, assegurando o direito ao complemento dos repasses. Prescrição de eventual complementação devida cinco anos antes da propositura da ação. Juros e correção de lei. Recurso provido parcialmente.	368
--	-----

DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA

— Terreno litigioso invadido por terceiros, com abertura de ruas pelo Município – Pedido de indenização, sob alegação de que o ente público favoreceu a ocupação. Inobservância na espécie. Denominação destas vias que datam de mais de vinte anos do ajuizamento da ação. Prejudicial de mérito reconhecida. Alegação de esvaziamento econômico apto a ensejar o reconhecimento do direito de indenizar. Impossibilidade. Recurso desprovido.....388

DESPACHO DA 3ª VICE-PRESIDÊNCIA

— Agravo regimental em recurso extraordinário – Agravo de instrumento proposto contra decisão da própria 3ª Vice-Presidência que não admitiu recurso extraordinário, aplicando entendimento do STF em matéria de repercussão geral posteriormente convertido em agravo regimental. Conversão do agravo de instrumento em agravo regimental. Redistribuição do feito ao membro do Órgão Especial deste Sodalício, observado o art. 4º do Ato Regimental n. 101/2010-TJ.....597

DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO C/C PARTILHA DE BENS

— União estável não caracterizada – Insurgência autoral. Ausência de comprovação da referida entidade familiar. Ônus que competia ao autor. Relacionamento que não se confunde com sociedade de fato. Autor que mantinha relacionamento simultâneo com três mulheres. Partilha dos bens. Impossibilidade. Recurso desprovido.150

EMBARGOS À EXECUÇÃO

— *Vide* Execução.
 — *Vide* Execução e Execução fiscal.

EMBARGOS DO DEVEDOR

— *Vide* Execução.

EMENDAS CONSTITUCIONAIS

— N. 30/2000	121
— N. 40/2003	321
— N. 62/2009	121

ESTATUTO DA ADVOCACIA E DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL (Lei n. 8.906/1994)

— Art. 23	249, 267
-----------------	----------

EXECUÇÃO

— Embargos à execução – Contrato de locação. Demanda ajuizada contra os fiadores. Responsabilidade subsistente até a efetiva entrega das chaves. Legitimidade passiva para a execucional. Pagamento de aluguéis não comprovado. Verbas devidas. Ausência de demonstração pela locadora da quitação de encargos acessórios. Ilegitimidade ativa para pleitear o seu recebimento. Imóvel não identificado pela fatura de fornecimento de água. Cobrança descabida. Recurso parcialmente provido.....	142
— Embargos à execução – Alegação de irregularidade na representação do espólio. Impossibilidade. Embargante nomeado pelo juízo. Aceitação de citação em nome do espólio. Inexistência de oposição dos herdeiros. Regularidade na representação. Recurso desprovido.....	165
— Embargos do devedor – Cédula de crédito industrial. Magistrado que, sob o escopo de desistência da defesa dos consumidores contra a execução, julga extinto o processo, sem julgamento de mérito. Inconformismo dos demandantes. Sobrestamento do feito para verificar cumprimento de acordo extrajudicial. Circunstância que obsta a ratificação judicial. Empréstimo financeiro utilizado para saldar débito em conta-corrente. Vício não ocorrente. Acordo não cumprido em face de os imóveis apresentados no cumprimento da transação serem transferidos ao banco por conta de penhora trabalhista. Aditamentos incidentes sobre a quantia paga a mais. Sucumbência. As partes se mostram reciprocamente vencedoras e vencidas. Recursos parcialmente procedentes.....	267

FALÊNCIA

— Ação ajuizada sob o rito da Lei n. 11.101/2005 – Extinção do processo sem resolução do mérito por se tratar, supostamente, de demanda deflagrada como sucedâneo de ação de execução. Inaplicabilidade da exceção após a vigência da nova lei que estipulou valor mínimo para a quebra motivada pela impontualidade. Recurso provido.....242

FURTO QUALIFICADO

— Agentes que alugavam automóveis e, após, comunicavam, falsamente, o respectivo furto ou roubo como forma de justificarem a não restituição – Condenação por furto qualificado. Provas da materialidade e autoria. Conduta que se enquadra no fato típico definido de estelionato. Desclassificação. Concurso material. Ocorrência. Recurso parcialmente provido....499

HABEAS CORPUS

— Crime de homicídio qualificado – Liberdade provisória concedida pelo juízo processante. Recurso em sentido estrito, manejado pelo Ministério Público. Restabelecimento da prisão do paciente dois anos depois. Acórdão não fundamentado. Excepcionalidade autorizadora da superação da Súmula 691/STF. Ordem concedida..... 73

— Auditor fiscal preso sob a acusação de que possibilitava a passagem de caminhão de carga sem o pagamento de ICMS, mediante o recebimento de valores, bem como passava informações sobre outros pontos de fiscalização – Revogação da prisão. Inviabilidade. Princípio da confiança no juiz da causa. Constrangimento ilegal inexistente. Ordem denegada.488

— Tráfico de entorpecentes – Pretendida substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Benefício negado na condenação por força legal. Disposição declarada inconstitucional quando satisfeitos os preceitos do art. 44 do CP. Ordem concedida em parte para que o juiz da execução aprecie requisitos para deferimento da substituição da pena.566

INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS

— Edição de livro sobre vida de pintor florianopolitano – Enredo passado na primeira metade do Século XX. Intenção de relatar suposto descrédito conferido pela sociedade ilhoa à obra. Diálogo ficcional, mas no qual se inclui pessoa real contemporânea. Referências negativas ao artista. Injúria e difamação. Liberdade de expressão exacerbada. afronta à imagem. Indenização devida ao herdeiro neto e homônimo do ofendido. Recurso desprovido.....195

INVENTÁRIO

— Oposição – Admissibilidade, desde que processada sob a forma autônoma prevista no artigo 60 do CPC. Recurso provido.....215

JÚRI

— Homicídio simples – Condenação de um dos réus pela prática de homicídio privilegiado e de outro por homicídio qualificado pelo motivo torpe. Recurso da acusação que pediu nulidade do julgamento por ter sido a decisão dos jurados em relação ao mesmo réu manifestamente contrária à prova dos autos. Reconhecimento de homicídio privilegiado. Recurso ministerial provido e o do réu desprovido.467

LEGISLAÇÃO FEDERAL

DECRETOS

— N. 20.910/1932368
 — N. 22.626/1933 *Vide* Lei de Usura.

DECRETOS-LEIS

— N. 167/1967 Art. 5º, caput321
 — N. 406/1968 *Vide* Código Tributário Nacional.
 — N. 413/1969321
 — N. 413/1969 Art. 5º.....267

— N. 911/1969	Art. 2º, § 2º	229
— N. 3.365/1941	<i>Vide</i> Lei das Desapropriações.	
— N. 3.688/1941	<i>Vide</i> Lei das Contravenções Penais.	
— N. 4.657/1942	<i>Vide</i> Lei de Introdução ao Código Civil.	
— N. 7.661/1945	<i>Vide</i> Leis de Falências.	

LEIS

— N. 1.060/1950	<i>Vide</i> Lei da Assistência Judiciária.	
— N. 4.771/1965	<i>Vide</i> Código Florestal.	
— N. 5.172/1966	<i>Vide</i> Código Tributário Nacional.	
— N. 6.194/1974	Art. 3º, b.....	188
— N. 6.830/1980	<i>Vide</i> Lei de Execução Fiscal.	
— N. 6.840/1980		321
— N. 7.210/1984	<i>Vide</i> Lei de Execução Penal.	
— N. 8.009/1990	Art. 5º.....	222
— N. 8.072/1990	<i>Vide</i> Lei dos Crimes Hediondos.	
— N. 8.078/1990	<i>Vide</i> Código de Defesa do Consumidor.	
— N. 8.112/1990	Art. 186, I e § 1º.....	352
— N. 8.137/1990		406
— N. 8.137/1990	Art. 1º, II e III	581
— N. 8.137/1990	Art. 2º.....	581
— N. 8.137/1990	Art. 3º, II.....	488
— N. 8.177/1991		267
— N. 8.245/1991	<i>Vide</i> Lei do Inquilinato.	
— N. 8.374/1991	Art. 2º.....	188
— N. 8.374/1991	Art. 8º.....	188
— N. 8.374/1991	Art. 9º.....	188
— N. 8.906/1994		
.....	<i>Vide</i> Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil.	
— N. 9.278/1996	Art. 1º.....	150
— N. 9.437/1997	Art. 10, caput.....	522
— N. 9.605/1998	<i>Vide</i> Lei do Meio Ambiente.	
— N. 10.931/2004		229

— N. 11.101/2005	<i>Vide</i> Leis de Falências.
— N. 11.232/2005	236
— N. 11.343/2006	<i>Vide</i> Lei Antitóxicos.
— N. 11.382/2006	267
— N. 11.464/2007	429
— N. 11.689/2008	467
— N. 11.690/2008	522
— N. 12.015/2009	429

LEI ANTITÓXICOS (Lei n. 11.343/2006)

— Art. 33, <i>caput</i>	573, 566
— Art. 35, <i>caput</i>	573
— Art. 44	566

LEI DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA (Lei n. 1.060/1950)

— Art. 3º	165
— Art. 12	165, 188

LEI DAS CONTRAVENÇÕES PENAIS (Decreto-lei n. 3.688/1941)

— Art. 61	429
-----------------	-----

LEI DAS DESAPROPRIAÇÕES (Decreto-lei n. 3.365/1941)

—	388
---------	-----

LEI DE EXECUÇÃO FISCAL (Lei n. 6.830/1980)

— Art. 2º, §§ 5º, 6º e 8º	406
---------------------------------	-----

LEI DE EXECUÇÃO PENAL (Lei n. 7.210/1984)

— Art. 111	573
— Art. 112	573

LEI DE INTRODUÇÃO AO CÓDIGO CIVIL (Decreto-Lei n. 4.657/1942)

— Art. 4º267

LEI DE USURA (Decreto n. 22.626/1933)

— Art. 1º267

— Art. 4º321

LEI DO INQUILINATO (Lei n. 8.245/1991)

— Art. 22, VIII.....142

— Art. 23, I e VIII.....142

— Art. 47, *caput*142

LEI DO MEIO AMBIENTE (Lei n. 9.605/1998)

— Art. 3º451

— Art. 14, IV451

— Art. 15, II, *a*.....451

— Art. 32340

— Art. 39451

LEI DOS CRIMES HEDIONDOS (Lei n. 8.072/1990)

— Art. 1º, V e VI.....429

— Art. 2º, § 1º429

— Art. 2º, § 2º573

— Art. 9º429

LEIS DE FALÊNCIAS

DECRETO-LEI

— N. 7.661/1945 Art. 1º.....242

LEI

— N. 11.101/2005 Art. 94, I e § 3º.....242

LEIS-COMPLEMENTARES

— N. 63/1990 (Federal) Art. 10	368
— N. 87/1996 (Federal)	406
— N. 116/2003 (Federal)	406
— N. 155/1997 (Estadual) Art. 12	499

MANDADO DE SEGURANÇA

— Servidora pública municipal – Previdenciário. Revisão de aposentadoria por invalidez com proventos proporcionais. Moléstia grave e incurável. Ausência de previsão no rol legal de doenças graves. Irrelevância. Enfermidade que apresenta a mesma gravidade das doenças previstas em lei. Direito à percepção do benefício na forma integral. Custas judiciais. Autarquia municipal. Isenção. Recurso provido.	352
— Precatório – Natureza alimentar. Ausência de pagamento. Impetrante idoso que necessita de cirurgia. Pedido de sequestro humanitário indeferido pelo Presidente do Tribunal de Justiça. Inexistência de preterição. Direito líquido e certo não evidenciado. Segurança denegada.	121

MEDIDA PROVISÓRIA

— N. 1.963-17/2000	321, 267
--------------------------	----------

MONITÓRIA

— Duplicatas aceitas por ex-sócio – Recibo do rodapé da nota fiscal/fatura subscrito por ex-funcionário da embargante. Embargos impugnando prova documental. Índícios de simulação. Elementos da fraude, apontados nos embargos e corroborados na instrução, ensejam a desconstituição da prova documental que instruiu o pedido monitório. Recurso desprovido.	314
--	-----

NOTICIÁRIO

— Discurso proferido pelo Des. Trindade dos Santos, Presidente do TJ, em saudação a cinco novos desembargadores empossados no Tribunal de Justiça de Santa Catarina. 25

— Discurso proferido pelo Des. Trindade dos Santos, Presidente do TJ, em saudação a quatro novos desembargadores empossados no Tribunal de Justiça de Santa Catarina. 46

— Discurso de posse da Dra. Soraya Nunes Lins no Cargo de Desembargadora do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. 28

— Discurso de posse da Dra. Sônia Maria Schmitz no Cargo de Desembargadora do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. 31

— Discurso de posse do Dr. Henry Goy Petry Júnior no Cargo de Desembargador do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. 39

— Discurso de posse do Dr. Jaime Luiz Vicari no Cargo de Desembargador do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. 56

— Discurso de posse do Dr. Jairo Fernandes Gonçalves no Cargo de Desembargador do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. 52

— Discurso de posse do Dr. José Inácio Schaefer no Cargo de Desembargador do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. 59

— Discurso de posse do Dr. Paulo Roberto Camargo Costa no Cargo de Desembargador do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. 36

— Discurso de posse do Dr. Raulino Jacó Brüning no Cargo de Desembargador do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. 42

— Discurso de posse do Dr. Roberto Lucas Pacheco no Cargo de Desembargador do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. 49

QUADRILHA

— Formação para prática de estelionatos – Associação estável e permanente de mais de três agentes para o cometimento de estelionatos. Crime autônomo e que prescinde da prática efetiva dos delitos que motivaram a reunião. Configuração. Estelionatos. Materialidade e autoria delitiva comprovadas. Condenação. Reconhecimento da continuidade delitiva. Não cabimento. Crimes cometidos em um lapso superior a trinta dias. Reiteração. Reprimendas ajustadas. Recursos dos réus parcialmente providos.....522

RECURSO

— Agravo regimental no recurso extraordinário – Constitucional e processual penal. Desvio ou apropriação de verba pública. Prestação de contas a órgão federal. Competência da Justiça Federal. Precedentes. Recurso desprovido..... 68

— Agravo regimental no agravo de instrumento – Policial militar. Hora extraordinária. Possibilidade de legislação infraconstitucional dispor sobre vantagem ou garantia não vedada ou não disciplinada pela Constituição da República. Tribunal estadual que não julgou validade de lei local contestada em face de lei federal. Recurso desprovido. 63

— Agravo de instrumento – Ação revisional de alimentos ajuizada por ex-marido. Procedência em primeiro grau para minorar a verba alimentar. Sentença condenatória. Recebimento do apelo somente no efeito devolutivo. Observância do binômio necessidade possibilidade. Recurso desprovido.135

— Impugnação ao cumprimento de sentença – Honorários advocatícios cabíveis tanto na hipótese de acolhimento quanto na de rejeição. Princípio da isonomia. Recurso provido.....236

— Embargos infringentes – Embargos à arrematação. Preço vil. Não configuração. Reavaliação. Quantia não impugnada oportunamente. Valorização pela atualização monetária. Recurso provido.....130

RECURSO CRIME

- Agravo – Condenação pelos crimes de tráfico de drogas e de associação para o tráfico. Progressão de regime prisional. Indeferimento. Compatibilidade de cumprimento de ambos os delitos no regime inicial fechado. Recurso desprovido.573
- Crimes contra a ordem tributária – Decisão que indeferiu pedido do MP de prisão preventiva. Instrução criminal encerrada. Agentes que responderam ao processo comparecendo aos chamados do juízo. Conjunto probatório que indica a continuidade dos supostos delitos pelos agentes. Medida que não se limita à salvaguarda do erário, mas, sim, ao cumprimento das prestações públicas que são devidas para a sua sustentabilidade. Decretação de prisão. Recurso provido.581

RECURSO DE AGRAVO

- *Vide* Recurso crime.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA

- Aposentadoria especial de professora – Cômputo do tempo de serviço exclusivamente prestado em efetivo exercício de funções de magistério, mesmo que fora da sala de aula. Possibilidade. Inovação da causa na instância recursal quanto ao pedido de reconhecimento do alegado direito aos proventos de aposentadoria, ao abono de permanência e ao adicional de permanência. Impossibilidade. Recurso parcialmente provido.....111
- Servidor público – Pena disciplinar. Demissão. Cargo efetivo do Tribunal de Justiça de SC. Técnico Judiciário Auxiliar. Exercício da função de escrivã judicial. Prescrição. Ação disciplinar. Termo inicial e termo interruptivo do prazo prescricional. Necessidade de dilação probatória. Recurso desprovido. 94

RECURSO ESPECIAL

— Ação civil pública – Desapropriação atípica. Faixa de fronteira. Oeste de Santa Catarina. Legitimidade ativa do Ministério Público. Súmula 329/STJ. Prescrição do direito de ação. Ausência de prequestionamento. Possibilidade abstrata de ratificação do título dominial. Falta de impedimento à decretação de nulidade. Recurso desprovido.....	85
--	----

SÚMULAS-STF

— N. 282	85
----------------	----

SÚMULAS-STF

— N. 691	73
— N. 72	229
— N. 119	388
— N. 214	142
— N. 231	499, 451
— N. 283	321
— N. 295	267
— N. 296	321
— N. 297	267
— N. 306	321, 406
— N. 329	85
— N. 381	321
— N. 438	581
— N. 444	451

TENTATIVA DE ESTUPRO

—	<i>Vide</i> Crime contra os costumes.
---------	---------------------------------------

ÍNDICE ONOMÁSTICO

Ayres Britto	73
Cármem Lúcia	68, 63
Celso Limongi.....	94
Denise Volpato.....	150, 165
Fernando Carioni.....	188, 176
Henry Goy Petry Junior	39
Herman Benjamin.....	85
Jaime Luiz Vicari.....	56
Jairo Fernandes Gonçalves.....	52
Jânio Machado	321
Joel Dias Figueira Júnior.....	142, 135
Jorge Luiz de Borba.....	242, 236
José Carlos Carstens Köhler.....	249, 267
José Inácio Schaefer.....	314, 59, 130
José Volpato de Souza.....	388, 406
Maria do Rocio Luz Santa Ritta	215, 195
Marli Mosimann Vargas	429, 488
Mauro Campbell Marques	111
Moacyr de Moraes Lima Filho.....	522, 581
Monteiro Rocha	597
Newton Varella Júnior.....	451, 467
Paulo Roberto Camargo Costa	36
Raulino Jacó Brüning	42
Ricardo Roesler	368, 376
Roberto Lucas Pacheco.....	49
Rodrigo Antônio	222, 229
Sérgio Paladino.....	499, 121
Sônia Maria Schmitz	31

Soraya Nunes Lins.....	28
Torres Marques.....	573, 566
Trindade dos Santos	25, 46
Vanderlei Romer	340, 352

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA

Diretoria de Documentação e Informações

Divisão de Documentação

Adelson André Brüggemann

Seção de Revisão

Patrícia de Oliveira

Índice numérico e legislativo

Jorge Silveira

Índice por assunto

José Leopoldo Abatti

Editoração Eletrônica

Gustavo Coelho da Costa

Montagem, impressão e acabamento: Divisão de Artes Gráficas/DIE